Die analoge Anwendung der Vorschriften der Hypothek auf die Grundschuld des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Fritz Düker

Referendar in Halle.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Meinen lieben Eltern

in Verehrung und Dankbarkeit!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535720_0072

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erster Abschnitt.

§ 1. Das System des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezüglich Hypothek, Grund- und Rentenschuld 1

§ 2. Das Verhältnis von Hypothek und Grundschuld zueinander, insbesondere die Stellung der Eigentümerhypothek 4

A. Die §§ 1113 und 1191 4

B. Der Grundsatz des § 1192 12

Zweiter Abschnitt.

Die allgemein für die Hypothek gegebenen Bestimmungen.

§ 3. Die Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung (§ 1113 Abs. 2) 15

§ 4. Die Belastung eines Bruchteils eines Grundstücks (§ 1114) . . 15

§ 5. Der Inhalt des Eintragungsvermerks (§ 1115) 16

§ 6. Die Erteilung eines Hypothekenbriefes (§§ 1116 und 1117) . . 18

§ 7. Der Umfang der Haftung (§§ 1118—1131) 19

§ 8. Das Klagerecht des Gläubigers gegen den Grundstückseigentümer bei eingetretener oder drohender Verschlechterung des Grundstücks (§§ 1133—1135) 19

§ 9. Der Eigentümer ist stets zur Veräußerung oder Weiterbelastung des Grundstücks befugt (§ 1136) 20

§ 10. Vorschriften, welche auf die Geltendmachung des Hypothekenanspruches und die Befriedigung des Gläubigers Bezug haben (§§ 1137—1142, 1144—1150 und 1160—1161) 20

§ 11. Die Teilung der Forderung (§§ 1151—1152) 28

§ 12. Die Abtretung der Forderung und Stellung des neuen Gläubigers (§§ 1153—1159) 29

§ 13. Das Aufgebotsverfahren zwecks Kraftloserklärung des Briefes und Ausschluß des unbekannten Gläubigers (§§ 1162, 1170 Abs. 1 und 1171 Abs. 1) 38

§ 14. Änderung der Forderung und Endigung der Hypothek (§§ 1180, 1181 Abs. 1 und 3 und 1183) 39

Seite

Dritter Abschnitt.

Die einzelnen besonderen Erscheinungsformen der Hypothek.

§ 15. Die Eigentümerhypothek (§§ 1143 Abs. 1, 1163—1169, 1170 Abs. 2, 1171 Abs. 2 und 3, 1177—1179) 42
§ 16. Die Gesamthypothek (§§ 1132, 1143 Abs. 2, 1181 Abs. 2 und 1182) 51
§ 17. Die Eigentümergesamthypothek (§§ 1172—1176) 55
§ 18. Die Sicherungshypotheken (§§ 1184—1190) 61

Literaturverzeichnis.

Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring und Oertmann. Berlin 1902, Karl Heymanns Verlag.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. neubearbeitete Aufl. Berlin 1903, Karl Heymanns Verlag.

Best, Das Grundbuchrecht der neueren bürgerlichen Gesetzgebung für das Deutsche Reich. Gießen 1896.

Böhm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. Teil 1: Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Hannover 1898.

Bruck, Die Eigentümerhypothek. 1903. Verlag von Gustav Fischer in Jena. Als Bd. 10 Heft 2 der Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, herausgegeben von Fischer.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Jena 1904. Gustav Fischer.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Soergel, München. Hannover, Helwingsche Verlagsbuchhandlung.

Dernburg, Sachenrecht. 3. neubearbeitete Aufl. Halle a. S. 1904, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Nach des Verfassers Tode durch Feststellung des Wortlauts fortgeführt und mit Anmerkungen versehen von Leonhard. 1. und 2. Aufl. Berlin 1903, J. Guttentagsche Verlagsbuchhandlung.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. und 9. neubearbeitete Aufl. Berlin 1905, Karl Heymanns Verlag.

Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin zum 50jährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden Dr. Richard Koch. Berlin 1903, Verlag von Otto Liebmann.

v. Flotow, Die verschiedene Rechtsstellung des Grundeigentümers, der eine auf seinem Grundstücke haftende Hypothek dem Gläubiger bezahlt hat, je nachdem er persönlicher Schuldner der gesicherten Forderung ist oder nicht, nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipziger Dissertation. Borna-Leipzig 1903, R. Noske.

Fuchs, Grundbuchrecht. Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und zur Grundbuchordnung. Berlin 1902.

Gutachten aus dem Anwaltstande über die 1. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1888, W. Möser, Hofbuchhandlung.

Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Mannheim 1895.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Mannheim 1900. (Vorträge.)

Hecking, Die Vereinigung von Hypothek und Eigentum in einer Person. Nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipziger Dissertation Borna-Leipzig 1903, R. Noske.

Kühnast, Die Grundschuld des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Berlin 1888.

Lange, Die Eigentümerhypothek nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Tübinger Dissertation. Braunschweig 1901, F. Bosse.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1899.

Männer, Das Recht der Grundstücke nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. München 1899.

Mittelstein, Das Hypothekenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Hamburg 1898.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1899.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 4. vermehrte und verbesserte Aufl. Berlin 1905, Verlag von Franz Vahlen.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht und die preußischen Ausführungs- und Ergänzungsbestimmungen. Berlin 1900.

Oberneck, Die Eigentümerhypotkek im Lichte der Praxis. Ein Vortrag, gehalten im Berliner Anwaltsverein. Berlin 1903, Franz Vahlen.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Dritte vermehrte und verbesserte Aufl. Berlin 1905, J. Guttentags Verlagsbuchhandlung.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1898.

Puntschart, Der Grundschuldsbegriff des deutschen Reichsrechts. Graz 1900.

Reatz, Die 2. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Gegenüberstellung der 1. Lesung. Berlin 1894.

Sörgel, Rechtsprechung 1903.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 2. neubearbeitete Aufl. München 1903.

Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Rechte an Grundstücken. Berlin 1898.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. 2. vermehrte und verbesserte Aufl. Paderborn 1902.

Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung, herausgegeben von Lobe, Leipzig, Dieterichsche Verlagsbuchhandlung.

Erster Abschnitt.

§ 1.

Das System des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezüglich Hypothek, Grund- und Rentenschuld.

Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt im 8. Abschnitte seines 3. Buches Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld dar, welche nach Dernburg[1]) vielfach als Grundstückspfandrechte bezeichnet worden sind. Wohl kaum in einem andern Teile des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist die Absicht des Gesetzgebers, ein Gesetzbuch für den Laien zu schaffen, das auch dem gemeinen Manne leicht verständlich ist, so gründlich mißlungen wie in diesem. Es werden zuerst auch die dem kundigen Juristen teilweise nicht leicht verständlichen, zu Zweifeln und Streitfragen des öfteren Anlaß gebenden Vorschriften über die Hypothek in zahlreichen Paragraphen aufgeführt; daran schließen sich dann in einem besondern zweiten Titel die verhältnismäßig knappen Bestimmungen über die Grund- und Rentenschuld. Die Kürze dieser Vorschriften hat ihren Grund darin, daß bei der Grundschuld auf die Bestimmungen über die Hypothek verwiesen wird, während für die Rentenschuld, die nur eine Abart der Grundschuld ist,[2]) in modifizierter Weise auf die Grundschuld Bezug genommen ist.

Über die getrennte Behandlung, die Reihenfolge dieser einzelnen Arten der Grundstücksbelastung, insbesondere über die Verweisung von den Vorschriften der Grundschuld auf die der Hypothek, wurde bei den Beratungen heftig gestritten, auch

---

[1]) Dernburg, Sachenrecht S. 609.

[2]) s. die §§ 1199 und 1200 BGB. und vgl. Mittelstein, Hypothekenrecht S. 27, sowie Oberneck, Reichsgrundbuchrecht S. 635 u. Cosack, Bürgerl. Recht S. 221 Bd. 2.

darüber, welche von den verschiedenen Arten der Grundstücksbelastung zu regeln seien. Hachenburg[3]) führt hierzu mit Recht aus, „es sei besser, wäre es nicht nötig gewesen, die Vielheit der Formen einzuführen". Das System des Bürgerlichen Gesetzbuches sei aber berechtigt und erforderlich gewesen, weil nur durch die Mehrheit der Formen die Einheit zu erreichen gewesen sei. Außerdem hätte die Beschränkung des Immobiliarpfandrechts auf eine einzige Art eine Vergewaltigung aller der Gebiete bedeutet, in denen die geregelte Art unbekannt war.

Eine gemeinsame Behandlung von Hypothek und Grundschuld etwa nach dem Vorgange des preuß. EEG. erschien untunlich, um nicht den Gegensatz und die Grenzen zwischen beiden Belastungsformen zu verwischen.[4]) Fischer[5]) hat z. B. vorgeschlagen, bei Definition beider Rechtsformen das Gemeinsame voranzustellen und die Verschiedenheiten ihrer Tatbestandsmerkmale folgen zu lassen. Er will folgendermaßen definiert wissen: „Ein Grundstück kann dadurch belastet werden, daß für eine bestimmte Person eine (dingliche) Forderung eingetragen wird (Immobiliarpfandrecht). Bei der Eintragung kann auf eine persönliche Forderung Bezug genommen werden (Hypothek), oder es kann eine solche Bezugnahme unterbleiben (Grundschuld).

Dagegen würden aber die oben angeführten Gründe sprechen, nämlich, daß durch diese Anordnung, bei der notwendigerweise auf die Definition die Verschiedenheiten beider Rechtsinstitute folgen müßten, die Abgrenzung beider voneinander erschwert würde. Die Motive[6]) sagen hierzu, daß durch solche Abstraktion des Gemeinsamen die pfandrechtlichen Vorschriften weder übersichtlicher noch klarer würden.

Man hatte ferner in Betracht gezogen, ob nicht unter Voranstellung der Grund- und Rentenschuld die Hypothek nur kurz zu regeln und im übrigen auf die Bestimmungen über die

---

[3]) Beiträge S. 57.

[4]) Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht S. 551 und Best, Grundbuchrecht II S. 10.

[5]) Zitiert bei Hachenburg, Beiträge S. 39.

[6]) Bd. 3 S. 596.

Grundschuld zu verweisen sei.[7]) Die Redaktoren, welche diese Art der Regelung vertraten, wurden dabei von dem Gedanken geleitet, daß „durch die kapitalistische Belastung nur die Ausscheidung eines Wertteils des Grundstücks erfolge, der an sich dem Eigentümer selbst zustehe und von ihm erst auf einen bestimmten Gläubiger übertragen werde, und daß vielleicht die Grundschuld als jener Auffassung am nächsten kommend, zuerst zu regeln sei".[8]) Es kann dahingestellt bleiben, ob dieses logischer gewesen wäre; jedenfalls haben die Vertreter der durchgedrungenen Ansicht, daß die Hypothek voranzustellen und bei der Grundschuld auf sie zu verweisen sei, für dieselbe praktische Gründe geltend gemacht. Es heißt darüber bei Mugdan Bd. 3 S. 793—94 nach den Kommissionsprotokollen: „Für die Stellung der Hypothek an erste Stelle und der Grundschuld an zweite war nicht der Gesichtspunkt der Logik maßgebend, dessen teilweise übertriebene Betonung dem Entw. 1 viele Gegner geschaffen habe, sondern es gab nur die Erwägung den Ausschlag, auf welche Art der materiell festgestellte Gesetzesstoff am zweckmäßigsten und verständlichsten dargestellt werde. Man überschätze die Tragweite der Frage, wenn man annehme, daß die formelle Gestaltung des Gesetzes irgendwie imstande sei, die tatsächliche Entwicklung des Verkehrs zu beeinflussen. Falls dieser die erweiterte Anwendung der Grund- und Rentenschuld fordern sollte, so würde einer solchen Entwicklung daraus, daß das Gesetz diese Institute teilweise durch Verweisung auf die Vorschriften über die Hypothek regele, keine Schwierigkeit erwachsen."

Demnach sollte das Lehrbuchartige vermieden und auf die Praxis Rücksicht genommen werden, welche sich in überwiegendem Maße der Hypothek bediente, während die Grundschuld nur ausnahmsweise als Ausweg bei besonders gearteten Fällen zur Anwendung kam.[9]). „Dies hatte", so bemerkt Dernburg[10]) hierzu, „seinen Grund darin, daß der Verkehr in Preußen

---

[7]) Prot. Bd. 4 S. 501—14.
[8]) Oberneck a. a. O. S. 1005 u. Best a. a. O. S. 16.
[9]) Mittelstein a. a. O. S. 31.
[10]) Sachenrecht S. 612.

die persönliche Verpflichtung außer der hypothekarischen nicht missen mochte, und daß es ihm bequem war, wenn diese Verbindung äußerlich hervortrat. Darauf, daß das Recht des Gläubigers als abstrakte Summenbelastung eingetragen wird, legte der loyale Verkehr wenig Gewicht. Er zog vor, daß das Verhältnis, aus dem die Belastung entspringt, offen zutage liegt, um nicht den Verdacht lichtscheuer Manipulationen hervorzurufen."

§ 2.

Das Verhältnis von Hypothek und Grundschuld zueinander, insbesondere die Stellung der Eigentümerhypothek.

A. Die Stellung von Hypothek und Grundschuld zueinander muß einer kurzen Erörterung unterzogen werden, bevor auf das eigentliche Thema eingegangen werden kann. Nach § 1113 des BGB. ist die Hypotkek die Belastung eines Grundstücks in der Weise, daß an den Berechtigten eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist, und zwar zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung. Die Grundschuld ist nach § 1191 nichts andres; es fehlt nur der Zusatz: „zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung".[1]) Die Grundschuld ist daher die abstrakte Summenbelastung eines Grundstücks zwecks Zahlung der Geldsumme an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt;[2]) während also die Zahlung aus dem Grundstück an den Berechtigten bei der Hypothek wegen einer diesem zustehenden Forderung erfolgt, fällt diese Bezugnahme auf ein Forderungsverhältnis bei der Grundschuld

---

[1]) Die vom Gesetzgeber offen gelassene Frage nach der rechtlichen Natur der Grundschuld, insbesondere ob sie, wie zahlreiche Kommentatoren annehmen, als eine Realobligation, d. h. eine auf die Kräfte des Grundstücks beschränkte Leistungspflicht anzusehen ist, muß hier unerörtert bleiben. Letztere Ansicht wird u. a. vertreten von Sohm in Grünhuts Zeitschrift Bd. 5. S. 1—37, zitiert bei Eck, Vorträge Bd. 2. S. 251 Anm. 2; ferner Fuchs, Grundbuchrecht Bd. 1. S. 643.

[2]) Verschiedene Definitionen vgl. bei Puntschart S. 35 u. 117 ff.

fort, es haftet einzig und allein das Grundstück, aus welchem der Eigentümer zahlen muß.[3])

Dieses Schuldverhältnis kann zwischen dem Hypothekengläubiger einerseits und dem Eigentümer des belasteten Grundstücks oder einem Dritten andrerseits bestehen. Eine derartige Forderung kann zwar neben der Grundschuld ebenfalls vorhanden sein,[4]) hat jedoch, auch wenn der Eigentümer der persönlich Verpflichtete ist, auf das Bestehen der Grundschuld an sich keinen Einfluß und regelt sich nach obligationenrechtlichen Bestimmungen.[5]) Sie bildet nicht die Grundlage der dinglichen Belastung, sondern steht neben ihr. Die Grundschuld ist völlig unabhängig von einer solchen Forderung[6]) und selbständig. Sie gelangt dadurch zur Entstehung, daß die Summenbelastung des Grundstücks auf Grund dinglicher Einigung in das Grundbuch eingetragen wird, ohne daß dabei einer etwa vorhandenen persönlichen Forderung im Grundbuch Erwähnung getan wird. Bildet eine solche zwar häufig ihr Motiv, den Rechtsgrund der Grundschuld, so bleibt sie doch bei der dinglichen Belastung völlig außer Betracht und darf im Grundbuch nicht eingetragen werden.[7]) Es ist also bei der Grundschuld nicht Voraussetzung, daß eine persönliche Forderung tatsächlich nicht vorhanden ist, sondern nur, daß bei Begründung der Grundschuld auf die Existenz dieser Forderung rechtlich keine Rücksicht genommen wird.[8]) Daß der sein Grundstück mit einer Grundschuld belastende Eigentümer von dem Gläubiger durch besonderen Vertrag persönlich haftbar gemacht wird, ist sehr wohl möglich; von selbst bei Begründung der Grundschuld entsteht eine solche Haftung nicht,[9])

---

[3]) Fuchs a. a. O. S. 373 hält zur schärferen Abgrenzung der Grundschuld von der Hypothek den Ausdruck „entrichten" an Stelle von „zahlen" für geeigneter.

[4]) Kommissionsprotokolle Bd. 3 S. 540 u. § 53 Abs. 2 ZVG., wo dies ausdrücklich anerkannt ist.

[5]) Fuchs a. a. O. S. 644; Hachenburg, Beiträge S. 34 und Oberneck a. a. O. S. 1010 Buchst. d.

[6]) Oberneck a. a. O. S. 1010 Buchst. e.

[7]) Fuchs a. a. O. S. 644.

[8]) vgl. Cosack, Bürgerl. Recht Bd. 2 S. 221.

[9]) Prot. Bd. 3 S. 513.

und wenn sie vereinbart ist, so bleibt dies bei der Eintragung im Grundbuch außer Betracht. Als Grund für diese von einer persönlichen Forderung abstrahierende Form der Grundstücksbelastung nimmt Puntschart[10]) mit Recht an, daß eine möglichst große Verkehrsfähigkeit erzielt werden sollte, und daß deswegen ein diesem Prinzip entgegenstehendes Schuldverhältnis aus dem Rahmen des Grundschuldrechts ausgeschieden worden sei und nicht in Betracht kommen könne. Wie der Wechsel, oder das abstrakte Schuldversprechen eine abstrakte obligatorische Verpflichtung darstellt, so ist die Grundschuld eine abstrakte dingliche Schuld.[11]) Bei der Hypothek dagegen ist eine persönliche Forderung, „vorausgesetzt", diese ist ein notwendiges Tatbestandsmerkmal der Hypothek. Freilich ist auch dies nur im Entstehungsstadium der gewöhnlichen Hypothek, und auch hier nur insofern der Fall, daß bei Nichtentstehen der Forderung die Hypothek keinesfalls dem als Hypothekar eingetragenen zusteht, sondern Eigentümerhypothek wird;[12]) später kann sie von der Forderung losgelöst, insbesondere auch bei ihrer Geltendmachung durch einen gutgläubigen Rechtsnachfolger des ersten Gläubigers von dem Schicksal der Forderung unabhängig sein.[13]) Planck[14]) sagt hierüber: „Voraussetzung für das Bestehen der Hypothek als solcher ist das Bestehen der gesicherten Forderung oder die auf dem guten Glauben des Erwerbers gestützte Fiktion ihres Bestehens."

Die Grundschuld ist aber schon von ihrer Begründung ab von einem persönlichen Schuldverhältnis unabhängig. Es ist für den Grundschuldgläubiger, der sich die Grundschuld als Sicherheit für eine Forderung bestellen ließ, durchaus gleichgültig, ob die Forderung entstanden ist oder erlischt.[15]) Der Grundstückseigentümer hat gegebenenfalls nur eine Einrede gegen

---

[10]) Der Grundschuldbegriff S. 27.
[11]) Fuchs a. a. O. S. 373 u. Endemann, Bürgerl. Recht Bd. 2 S. 883.
[12]) vgl. Böhm im Recht 1901 S. 194.
[13]) vgl. Oberneck a. a. O. S. 635.
[14]) BGB. Bd. 3 S. 508.
[15]) Planck a. a. O. S. 508.

die Geltendmachung der Grundschuld,[16]) oder es ist ihm die Möglichkeit gegeben, die als selbständige Leistung aufzufassende Grundschuld[17]) nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung zurückzufordern.[18])[19]) d. h. die Löschung des eingetragenen Grundschuldgläubigers, der im Prozeß unterlegen ist, zu verlangen.[20])[21])

In solchem Falle tritt eine Eigentümergrundschuld ein, es erfolgt nicht etwa eine Löschung der Belastung im Grundbuch.

In welchem Verhältnis stehen nun die Eigentümerhypothek und die Eigentümergrundschuld zueinander, und wie ist ihre Stellung zur gewöhnlichen Hypothek und Grundschuld. Aus obigem erhellt, daß man zwar mit einem gewissen Recht die Hypothek eine modifizierte Grundschuld nennen könnte,[22]) insofern sich die Hypothek bei gleicher dinglicher Grundlage von der Grundschuld nur durch die Bezugnahme auf eine dem Hypothekengläubiger zustehende Forderung unterscheidet, mit welcher die Hypothek nicht einmal streng akzessorisch verbunden ist;[23]) dies steht jedoch der vom Gesetz gegebenen Regelung der Materie nicht entgegen. Letzteres könnte mit mehr Berechtigung angenommen werden, wenn die Grundschuld als das Ursprüngliche und die Hypothek als eine Ableitung aus ihr anzusehen wäre. Dann hätte die Grundschuld zu „einem ge-

[16]) Der erste Entwurf hatte in dem § 1084 dem Eigentümer die Einwendungen gegen den Hypothekenanspruch aus dem zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisse ausdrücklich zuerkannt, eine Vorschrift, die im zweiten Entwurf als selbstverständlich fortgelassen wurde (vgl. Reatz, 2. Lesung des Entw. eines BGB. S. 550.).

[17]) Hachenburg, Beiträge S. 36 u. Staudinger, Kommentar zum BGB. Sachenrecht S. 529.

[18]) Fuchs a. a. O. S. 644 u. 651 u. Turnau-Förster a. a. O. S. 870.

[19]) Ein treffendes Beispiel hierfür findet sich bei Lange, Eigentümerhypothek S. 23—24.

[20]) Oberneck a. a. O. S. 1009.

[21]) Die Einreden des Eigentümers auf Grund des § 1157 BGB. werden später erörtert werden.

[22]) Kommissionsprotokolle Bd. 4 S. 498; Oberneck a. a. O. S. 1005; Fuchs a. a. O. S. 3.

[23]) Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des BGB. über Recht an Grundstücken S. 15 u. Staudinger a. a. O. S. 377.

eigneten Ausgangspunkte für eine einheitliche Grundlage gemacht werden können".[24]) Dies ist aber nicht der Fall.[25])

Die Eigentümerhypothek tritt in den verschiedenen, hier außer Betracht bleibenden Fällen ein, wo der Eigentümer zugleich der Berechtigte ist, wo sich Eigentum an dem belasteten Grundstück und Hypothek in einer Hand vereinigen. Ein solches Zusammentreffen von Berechtigung und Verpflichtung ist auch bei der Grundschuld möglich.

Viel umstritten ist zunächst die Frage, ob die Eigentümerhypothek eine wirkliche Hypothek ist. Nach den in Betracht kommenden Gesetzesstellen zu urteilen scheint der Gesetzgeber angenommen zu haben, es sei eine wirkliche Hypothek. Nach § 1163 des BGB. erwirbt z. B. der Eigentümer die Hypothek, sie steht ihm zu; vgl. ferner § 1177. Auch in der Literatur hat diese Ansicht zahlreiche Anhänger gefunden, z. B. Achilles-Strecker, Planck, Fuchs. Diese fassen die Eigentümerhypothek als wirkliche Hypothek, als ein Pfandrecht an eigener Sache auf und sprechen von einer Sukzession in eine bestehende Hypothek.[26])

Eine andere Auffassung vertritt die sogen. Wertparzellentheorie, welche neuerdings wieder von Oberneck verteidigt worden ist.[27]) Danach ist nicht das Grundstück in seiner individuellen Gestalt, sondern der in ihm enthaltene Wert dem Gläubiger verhaftet und der juristische Gegenstand der Hypothek. Die Eigentümerhypothek ist nach dieser Ansicht, der sich Staudinger, Puntschart, Turnau-Förster u. a. angeschlossen haben, nur Ausfluß des Eigentumsrechts des Eigentümers in der Richtung der Verwertungsbefugnis des durch die

---

[24]) Kommissionsprotokolle Bd. 3 S. 540.

[25]) Zugegeben werden mag, daß die Grundschuld gegenüber der Hypothek als die normalere und einfachere Form der kapitalistischen Grundstücksbelastung gelten kann (vgl. Best a. a. O. S. 16).

[26]) vgl. Oberneck, Eigentümerhypothek S. 9.

[27]) Oberneck führt einen Beschluß des Oberlandesgerichts Jena vom 31. 7. 1901 sowie einen Beschluß des Kammergerichts vom 11. 7. 1900, außerdem die Prot. Bd. 3 S. 573 und 723 an, welche denselben Standpunkt einnehmen.

Hypothek repräsentierten und dem Eigentümer wieder zugefallenen Wertteils.[28]) Was der Eigentümer bei der Zwangsversteigerung erhält, bekommt er als Eigentümer, nicht als Gläubiger. Es ist lediglich ein Bestandteil seines Vermögens in Geld umgesetzt worden.[29])

Im Gegensatz zu Herold,[30]) welcher die Eigentümerhypothek als ein festes dingliches Recht, nicht bloß als „Eigentumsbefugnis" auffaßt, sieht Bruck[31]) in derselben nichts weiter als das von einer Belastung befreite Eigentum; zu einer Hypothek fehlen nach seiner Meinung so ziemlich alle Erfordernisse, jedenfalls aber die Forderung. Einen ähnlichen Standpunkt nimmt Goldschmidt[32]) ein. Bruck betrachtet die Grundschuld als die Formalisierung eines ideellen Wertteils des Grundstücks zum Zwecke der Haftung für eine event. Schuld. Daran anschließend definiert er als gemeinsamen Oberbegriff für die Eigentümer-, Hypothek-, Grund- und Rentenschuld das Eigentümerpfandrecht als die Zurückgewinnung eines ideellen Wertteils des Grundstücks, welcher gehaftet hatte.

Staub[33]) nennt die Eigentümerhypothek eine juristische Unmöglichkeit, ein Messer ohne Stiel und Klinge. Er vertritt das System der freien Stellen und verlangt Ersatz der Eigentümerhypothek durch die positive Vorschrift, daß bei Erlöschen einer Hypothek die nachstehenden Hypothekengläubiger nicht vorrücken. Diese Ansicht wird von Arnheim[34]) bekämpft. Er setzt auseinander, daß der Theorie von Staub trotz seiner Verwahrung dagegen die Wertparzellentheorie zugrunde liege. Diese widerspreche jedoch dem Wesen des Pfandrechts, und das Vorrücken der Hypothekengläubiger folge aus dem Begriffe der Hypothek.

---

[28]) s. Oberneck, Eigentümerhypothek S. 9.
[29]) Oberneck, Eigentümerhypothek S. 12.
[30]) Zentralblatt 4. Jahrg. S. 699.
[31]) Eigentümerhypothek S. 133.
[32]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 20 S. 26.
[33]) In Heft 6 der Gutachten aus dem Anwaltstande S. 407 u. 414.
[34]) In Heft 12 der Gutachten aus dem Anwaltstande S. 1089 ff.

Kindel[35]) bekämpft ebenfalls die Wertparzellentheorie. Er hält die Eigentümerhypothek für ein Recht, welches alle Befugnisse umfaßt, die aus einer aufgehobenen, nicht gelöschten Hypothek zum Eigentümer zurückgekehrt sind, die aus einer eingetragenen, aber ungültigen Hypothek bei ihm verblieben sind.

Der Standpunkt des BGB. erhellt aus § 1177; es heißt dort: „Vereinigt sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld. In Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts bleiben die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend. Steht dem Eigentümer auch die Forderung zu, so bestimmen sich seine Rechte aus der Hypothek, solange die Vereinigung besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften."

Die Begründung dieser Bestimmung findet sich in den Prot. Bd. 3 S. 722, 723. Sie lautet: „Vereinigen sich Hypothek und Eigentum in derselben Person, so sind zwei Fälle zu unterscheiden, der erste Fall ist der, daß die Forderung nicht besteht oder gleichzeitig mit der Vereinigung erlischt, was insbesondere dann eintritt, wenn der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, zugleich der persönliche Schuldner ist. Da im § 1062 (jetzt § 1113) für den Bestand der Hypothek eine Forderung vorausgesetzt wird, so muß der Inhalt einer Eigentümerhypothek in einer von dem Inhalte einer gewöhnlichen Hypothek abweichenden Weise bestimmt werden. Es ist jedoch einfacher die Eigentümerhypothek als Grundschuld zu bezeichnen, da sie sich wie die Grundschuld als eine abstrakte Belastung des Grundstücks darstellt. Man muß den Anschein vermeiden, als sei die Eigentümerhypothek ihrem Wesen nach ein von der Grundschuld verschiedenes Rechtsverhältnis, während sie in Wahrheit der Grundschuld gleichsteht. Deswegen ist zu bestimmen, daß die Hypothek sich in eine Grundschuld verwandelt, wenn sie sich mit dem Eigentum an dem belasteten Grundstücke in derselben Person vereinigt."

---

[35]) In der Festgabe für Dr. Richard Koch S. 77.

Abs. 1 der genannten Vorschrift enthält die eigentliche Eigentümerhypothek, während in Abs. 2 die sogen. Hypothek des Eigentümers geregelt ist. Beide zeigen keinen Unterschied, solange die Vereinigung der Belastung mit dem Eigentum besteht. Ein solcher tritt jedoch zutage, sobald diese Vereinigung, durch Veräußerung des Grundstücks oder Abtretung der Hypothek, aufgehoben wird. Dann ergibt sich, daß die zur Grundschuld gewordene Hypothek dauernd Grundschuld bleibt, auch nach Aufhebung der Vereinigung.[36]) Die Hypothek des Eigentümers, die während der Vereinigung nach den Vorschriften über die Eigentümergrundschuld behandelt wird, regelt sich nach Aufhebung der Vereinigung wieder nach Grundsätzen der Hypothek.[37])

Im Falle des Abs. 2 steht dem Eigentümer also, anders als bei der echten Eigentümerhypothek, auch die Forderung zu. Mit Recht weist Kindel[38]) darauf hin, daß die neben der Eigentümerhypothek stehende persönliche Haftung eines Dritten mit derselben eigentlich nichts zu tun hat, daß der Gesetzgeber irrtümlich Eigentümerhypothek und Regreßforderung des Eigentümers gegen den Hauptschuldner als eine einheitliche Hypothek auffaßt.

Güthe[39]) folgert aus dem § 1177 in Verbindung mit § 1197, daß die Eigentümerhypothek nur Ausfluß des Eigentums sei. Sie sei zwar Eigentum und Pfandrecht zugleich, letzteres sei aber, solange die Vereinigung zwischen Hypothek und Eigentum bestehe, durch das Eigentumsrecht gebunden, und zwar derart, daß nur das Eigentum Rechtswirksamkeit äußern könne.

Wir möchten uns der folgenden Ansicht von Lange[40])

---

[36]) vgl. v. Flotow, Die versch. Rechtsstellung des Grundeigentümers, der eine auf seinem Grundstück haftende Hypothek dem Gläubiger bezahlt hat, je nachdem er persönlicher Schuldner der gesicherten Forderung ist oder nicht S. 42; s. auch Böhm im Recht 1905 S. 515 ff.

[37]) s. Hecking, Die Vereinigung zwischen Hypothek und Eigentum S. 72.

[38]) a. a. O. S. 93—96.

[39]) Das Recht 5. Jahrg. S. 219 ff.

[40]) Eigentümerhypothek S. 29 ff.

anschließen. Ebenso wie Bruck geht er von dem Begriff des „Eigentümerpfandrechts“ als dem Oberbegriff für alle drei Grundkreditarten aus. Ein solcher hätte statt des Wortes „Grundschuld“ in § 1177 aufgestellt werden müssen. Grundschuld sei ein terminus technicus des Gesetzes, der eine ganz bestimmte Belastungsform darstelle. Derselbe sei offenbar gewählt worden, weil das Gesetz keinen Oberbegriff für alle drei Belastungsformen kenne. Die Bezeichnung „Eigentümergrundschuld“ sei augenscheinlich angenommen worden, weil eine Forderung nicht vorhanden sei. Jeder pfandrechtlichen Belastung eines Grundstücks liege das Eigentümerpfandrecht zugrunde, weil die Forderung auf die dingliche Belastung ohne Einfluß sei und bei der Hypothek nur den Berechtigten bezeichne. Aus diesem Eigentümerpfandrecht entwickle sich Hypothek oder Grundschuld, je nachdem der Eigentümer bei der Eintragung den Gläubiger mit oder ohne Forderung namhaft mache. Beim Ausscheiden des Berechtigten kehre die jeweilige Belastung, Hypothek oder Grundschuld, in das Eigentümerpfandrecht zurück. Die Auffassung der Protokolle,[41]) daß in jeder Hypothekenbestellung eine Eigentümerhypothek liege, dient mit Recht zur Begründung obiger Ansicht. Als die Urform, von der stets auszugehen ist, muß daher das „Eigentümerpfandrecht“ angesehen werden, und es erscheint die Regelung, wie sie das Bürgerliche Gesetzbuch gibt, berechtigt, nämlich selbständige Definition von Hypothek und Grundschuld und Aufführung der Vorschriften in getrennten Teilen unter Verweisung von der Grundschuld auf die Hypothek. Auch die Gründe, welche für die Regelung der Grundschuld an erster Stelle und Anreihung der Hypothek geltend gemacht sind, können deshalb nicht für stichhaltig erachtet werden.

Beide Belastungsformen sind koordiniert und stehen gleichwertig nebeneinander, die eine ist nicht eine Abart der anderen. Diesem Gedanken entspricht es auch, wenn das Gesetz beide in getrennten Abschnitten behandelt.[42])

B. Wenn das Gesetzbuch die Hypothek erschöpfend dar-

---

[41]) Bd. 3 S. 603.

[42]) Hachenburg, Beiträge S. 39.

stellt, die Grundschuld dagegen nur kurz in Sondervorschriften behandelt und im übrigen auf die Hypothek verweist, so sind dafür die oben angeführten Gründe, insbesondere das nahe verwandtschaftliche Verhältnis zwischen beiden Rechtsformen maßgebend gewesen.[43]) Staudinger[44]) betont mit Recht, von welcher Wichtigkeit die gemeinsame dingliche Grundlage von Hypothek und Grundschuld für die analoge Anwendung der hypothekenrechtlichen Vorschriften auf die Grundschuld ist. Der grundlegende § 1192 des BGB. besagt: „Auf die Grundschuld finden die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung: soweit sich nicht daraus ein andres ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt (Abs. 1). Für die Zinsen der Grundschuld[45]) gelten die Vorschriften über die Zinsen einer Hypothekenforderung“ (Abs. 2).

Es sind also nicht die analog anwendbaren Vorschriften sämtlich aufgezählt, sondern es ist im Abs. 1 des § 1192 ein allgemeiner Leitsatz aufgestellt worden, nach Maßgabe dessen im einzelnen die Möglichkeit der entsprechenden Anwendung zu untersuchen ist. Die Motive[46]) bemerken hierzu: „Die Frage, ob eine für die Hypothek gegebene Vorschrift im einzelnen Falle zur Anwendung auf die Grundschuld geeignet ist, wird mitunter nicht leicht zu entscheiden sein. Demnach erscheint es nicht ratsam, die anwendbaren oder die nicht anwendbaren Paragraphen einzeln aufzuführen. Im allgemeinen kann der Gesetzgeber darauf vertrauen, daß die Praxis seine Absicht erkennen und das Richtige finden werde. Es wird namentlich nicht zweifelhaft sein, daß diejenigen Bestimmungen, welche auf der Voraussetzung einer persönlichen Schuld beruhen, für die Grundschuld gegenstandslos sind. Andere Bestimmungen sind zwar ebenfalls auf die durch die Hypothek gesicherte Forderung abgestellt, können aber nur als Folgerungen aus allgemeineren

---

[43]) Mugdan a. a. O. Bd. 3 S. 435 und Oberneck, Reichsgrundbuchrecht 1007.

[44]) a. a. O. S. 530.

[45]) Die verzinsliche Grundschuld ist aus den in den Mot. Bd. 3 S. 780 ausgesprochenen Gründen in dem § 1191 Abs. 2 ausdrücklich aufgenommen.

[46]) Bd. 3 S. 781.

Grundsätzen angesehen werden, die auch für die Grundschuld gelten müssen. Der Versuch indessen, in dieser Hinsicht durch das Gesetz Gewißheit zu schaffen, könnte leicht zu Mißverständnissen führen, da die Entscheidung darüber, ob eine Vorschrift zur entsprechenden Anwendung auf die Grundschuld geeignet ist, sich schwer für alle Fälle im voraus treffen läßt. Der Entwurf begnügt sich deshalb damit, den hier leitenden Gesichtspunkt hervorzuheben, indem er die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Hypothek auf die Grundschuld nur insoweit in Aussicht nimmt, als nicht daraus, daß die Grundschuld von einer Forderung nicht abhängig ist, ein anderes sich ergibt.[47]) Nach § 1192 Abs. 2 sind unbedingt alle Vorschriften über die Zinsen einer Hypothekenforderung der entsprechenden Anwendung auf die Zinsen der Grundschuld fähig. Es wird daher bei den in Frage kommenden diesbezüglichen Vorschriften über Hypothekenzinsforderungen meist der Hinweis auf diesen Grundsatz genügen.

Bezüglich der übrigen Bestimmungen über die Hypothek ist stets zu prüfen, ob sie notwendigerweise eine Forderung voraussetzen. Ist dies der Fall, so ist im allgemeinen ihre Anwendung auf die Grundschuld ausgeschlossen, es sei denn, daß sie in Übereinstimmung mit dem in den Motiven erwähnten Prinzipe trotz Voraussetzung einer Forderung als Folgerungen aus allgemeineren Gesichtspunkten angesehen werden können.

---

[47]) Dernburg a. a. O. S. 721 sagt ähnlich: „Die Frage, welche Vorschriften über die Hypothek eine persönliche Forderung voraussetzen, erregt leicht Zweifel."

Zweiter Abschnitt.

Die allgemein für die Hypothek gegebenen Bestimmungen.

§ 3.

Die Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung.

Wenn im folgenden die einzelnen Bestimmungen über die Hypothek im wesentlichen nach der Reihenfolge des Gesetzes der nach dem Thema verlangten Prüfung unterzogen werden, so kann dabei die Behandlung der zusammengehörigen Vorschriften, sofern bei ihnen das Resultat der Prüfung aus denselben Gesichtspunkten heraus das gleiche ist, im ganzen erfolgen.

Der § 1113 Abs. 1 gibt die oben behandelte Definition der Hypothek. Der Abs. 2 dieses Paragraphen, wonach eine Hypothek auch für eine künftige oder bedingte Forderung bestellt werden kann, ist für die Grundschuld überflüssig. Er nimmt Bezug auf eine (künftige oder bedingte) Forderung und muß daher von der Anwendung auf die Grundschuld ausgeschlossen werden. Nach dem oben zu § 1191 Abs. 1 Gesagten ist es jedoch selbstverständlich, daß eine Grundschuld auch für eine künftige oder bedingte Forderung begründet werden kann; nur ist das Vorhandensein einer solchen dann rechtlich durchaus unerheblich.

§ 4.

Die Belastung eines Bruchteils eines Grundstücks

Die Anwendung des § 1114 auf die Grundschuld ist unbedenklich zuzulassen,[1]) weil die Voraussetzung für dessen In-

[1]) Turnau-Förster a. a. O. S. 872 und Fuchs a. a. O. S. 393.

halt nicht das Bestehen einer Forderung ist. Danach kann also eine Grundschuld auch auf einen Bruchteil eines Grundstücks gelegt werden, sofern dasselbe nicht im Alleineigentum steht, sondern der Bruchteil den Anteil eines Miteigentümers darstellt.

§ 5.

Der Inhalt des Eintragungsvermerks.

Der § 1115 führt im ersten Satze aus, was bei der Eintragung der Hypothek im Grundbuch anzugeben ist. Die analoge Anwendung dieser Bestimmung auf die Grundschuld ist anzunehmen, jedoch muß der Wortlaut entsprechend geändert werden.[1] Fuchs bemerkt hierzu,[2] daß der § 1115 auf die Grundschuld „an sich“ nicht anwendbar sei, weil die Grundschuld eine Forderung nicht voraussetze. Aus den Worten „an sich“ ist zu entnehmen, daß er unter entsprechender Abänderung des Wortlauts die Bestimmung für die Grundschuld gelten lassen will. Demnach muß auch bei Eintragung der Grundschuld der Berechtigte angegeben werden, ferner der Geldbetrag, zwar nicht der Forderung, wohl aber Grundschuldssumme, und wenn diese verzinslich ist, ihr Zinssatz, sowie der Geldbetrag von andern Nebenleistungen, sofern solche entrichtet werden sollen.

Wenn es im Schlußsatze des ersten Absatzes heißt, daß im übrigen zur Bezeichnung der Forderung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann, so gilt dies für die Grundschuld ebenfalls unter entsprechender Änderung. Man kann hier zweckmäßig an Stelle von „Forderung“ den Ausdruck „Belastung“ setzen. Was die „Bezeichnung der Belastung“ im übrigen bei der Grundschuld betrifft, so sind darunter z. B. Bestimmungen über Kündigung, Fälligkeit, Zahlungsort zu verstehen. Diese sind für die Grundschuld besonders in den §§ 1193—1194 geregelt und greifen mangels andrer Vereinbarung Platz. Sind jedoch abweichende Bestimmungen getroffen,

---

[1] Fuchs a. a. O. S. 650.
[2] a. a. O. S. 393.

so ist hinsichtlich derselben eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zulässig.

Der Abs. 2 des § 1115 muß dagegen von der Anwendung auf die Grundschuld ausgeschlossen werden. Er besagt, daß bei einer Hypothek für ein Darlehen einer Kreditanstalt, deren Satzung von der zuständigen Behörde öffentlich bekannt gemacht worden ist, bei der Eintragung der außer Zinsen satzungsmäßig zu entrichtenden Nebenleistungen[3]) zur Bezeichnung derselben die Bezugnahme auf die Satzung genügt.

Dies ist ein besonderer Fall, der nur für die Hypothek gilt, und zwar auch nur bei der Hypothek für ein Darlehen einer Kreditanstalt. Das Darlehen bildet den Rechtsgrund der Hypothek. Dieser darf aber bei der Grundschuld nicht in die Erscheinung treten.

Ein weiterer Grund gegen die analoge Anwendung der fraglichen Vorschrift ist, daß die Satzung möglicherweise bei Bezeichnung der Nebenleistungen auf den Rechtsgrund der Belastung, das Darlehn zurückgreift, an dasselbe anknüpft oder auf dasselbe Bezug nimmt. Wenn in einem solchen Falle bei der Eintragung der Grundschuld in das Grundbuch auf die Satzung verwiesen würde, wie es Abs. 2 des § 1115 für die Hypothek zuläßt, so würde damit etwas zum Inhalte des Grundbuches gemacht, was nach dem Wesen der Grundschuld nicht in Betracht kommen darf. Von allzugroßer Wichtigkeit wird die Frage aber kaum werden, da eine solche Kreditanstalt sich für ihr Darlehen in den wenigsten Fällen eine Grundschuld, sondern eben eine Hypothek eintragen lassen wird. Fuchs meint zu dieser Frage[4]): „Die Anwendbarkeit des Abs. 2 ist nicht unbedenklich, da er nur für eine bestimmte Art von Forderungen, nämlich Darlehnsforderungen gilt, und aus dem Grundsatz, daß in das Grundbuch alles gehört, was für die Erkennbarkeit der Belastung nach deren Inhalt und Umfang Bedeutung hat, in Verbindung mit § 874 gefolgert werden könnte, daß unter allen Umständen der Geldbetrag der Nebenleistungen auch bei der

---

[3]) Beispiele für solche Nebenleistungen gibt Reatz Bd. 1 S. 542 Anm. 5.
[4]) a. a. O. S. 650.

Grundschuld für eine privilegierte Kreditanstalt in das Grundbuch gehört. Auch wenn die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung dient, ist dies nicht im Grundbuch zu vermerken.“ Dem ist beizustimmen.

§ 6.

Die Erteilung eines Hypothekenbriefes.

Die §§ 1116 und 1117, welche über den Hypothekenbrief handeln, kommen auf die Grundschuld zur Anwendung, da diese Vorschriften ohne Rücksicht auf das Bestehen einer Forderung gegeben sind. Danach wird grundsätzlich auch über die Grundschuld ein Grundschuldbrief erteilt. Durch Parteiabrede kann die Erteilung desselben aber auch ausgeschlossen werden. Diese Ausschließung kann später auch wieder aufgehoben werden. Beides, die Ausschließung des Briefes sowie die Wiederaufhebung derselben kann nachträglich erfolgen. Bezüglich der Zulassung der Buchgrundschuld durch Ausschluß der Erteilung eines Briefes erwog man bei den Beratungen,[1]) daß „sachlich eine Grundschuld ohne Brief schon dann gegeben sei, wenn eine Buchhypothek zur Eigentümerhypothek werde; es sei daher nicht zutreffend, wenn die Mot. Bd. 3 S. 782 gegen die Zulassung einer Grundschuld ohne Brief einwenden, daß damit eine neue Form der Kapitalbelastung geschaffen werde. Auch bei der Bestellung einer Grundschuld könne den Parteien daran liegen, sich die mit dem Fehlen eines Briefes verbundenen Vorteile zu sichern. Wenn auch die Grundschuld dadurch weniger verkehrsfähig werde, so bestehe doch für das Gesetz kein Grund dem dahingehenden Willen der Parteien die Wirksamkeit zu versagen.“

Nach § 1117 bleibt die Grundschuld auch Eigentümergrundschuld bis zur Übergabe des Briefes an den Gläubiger, sofern die Erteilung des Hypothekenbriefes nicht ausgeschlossen ist. Auch kann nach Abs. 2 der Eintritt der Eigentümergrundschuld (§ 1163 Abs. 2) durch die Vereinbarung ausgeschlossen werden,

[1]) Kommissionsprotokolle Bd. 3 S. 709.

daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen. Die §§ 1116 und 1117 finden jedoch nicht auf Grundschulden für den Inhaber des Briefes, welche § 1195 zuläßt, Anwendung, da für die Inhabergrundschuldbriefe die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§§ 793 ff. BGB.) gelten.

§ 7.

Der Umfang der Haftung.

Für die Begründung der Anwendbarkeit der §§ 1118 bis 1119, welche Vorschriften über die Zinsen der Hypothekenforderung enthalten, genügt der Hinweis auf § 1192 Abs. 2. Wie § 1118 außerdem noch die Haftung des Grundstücks für Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung regelt, so behandeln die §§ 1120—1131 alles, was von dem Grundstück für die Hypothek haftet bezw. die Weite der Haftung und deren Erlöschen. Alle diese Vorschriften stehen mit dem Vorhandensein einer Forderung außer jeder Verbindung; sie sind daher ohne weiteres auf die Grundschuld anwendbar und bedürfen keiner weiteren Erörterung.

§ 8.

Das Klagerecht des Gläubigers gegen den Grundstückseigentümer bei eingetretener oder drohender Verschlechterung des Grundstücks.

Die §§ 1133—1135 gehören zusammen und sind auf die Grundschuld entsprechend anzuwenden; denn sie enthalten sich grundsätzlich der Bezugnahme auf eine persönliche Forderung und betreffen die dingliche Seite der Belastung, die Hypothek als solche. Sie bezeichnen die dem Gläubiger zu Gebote stehenden Maßregeln, wenn infolge drohender oder bereits eingetretener Verschlechterung des Grundstücks die Sicherung der Hypothek gefährdet ist. Demnach kann auch der aus einer

Grundschuld Berechtigte bei Gefährdung der Grundschuld durch eine eingetretene Verschlechterung des Grundstücks nach fruchtloser Fristsetzung sofortige Befriedigung aus dem Grundstück betreiben. Er muß sich aber bei zinsloser Grundschuld ebenfalls den Zwischenzins von der Befriedigung an bis zum Zeitpunkt der Fälligkeit von der Grundschuldsumme abrechnen lassen. Für den Ausdruck „Forderung“ ist im letzten Satze „Grundschuldsumme“ zu setzen. Nach § 1134 Abs. 1 hat er gegen den Eigentümer und jeden Dritten, welche so auf das Grundstück einwirken, daß eine die Hypothek gefährdende Verschlechterung desselben zu besorgen steht, die negatorische Unterlassungsklage. Auch kann er nach Abs. 2 gerichtliche Sicherungsmaßregeln beantragen, wenn der Eigentümer die Verschlechterung bewirkt. § 1135 führt als authentische Interpretation einige Fälle auf, welche der Verschlechterung gleichstehen, gilt demnach ohne weiteres ebenfalls.

§ 9.

Der Eigentümer ist stets zur Veräußerung oder Weiterbelastung des Grundstücks befugt.

Auch die Vorschrift des § 1136, wonach eine Vereinbarung nichtig ist, durch die sich der Eigentümer dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern oder nicht weiter zu belasten, muß für die Grundschuld Geltung haben, weil darin eine Forderung nicht vorausgesetzt ist.

§ 10.

Vorschriften, welche auf die Geltendmachung des Hypothekenanspruchs und die Befriedigung des Gläubigers Bezug haben.

Die Bestimmungen der §§ 1137—1139 können auf die Grundschuld nicht zur Anwendung kommen. § 1137 gibt dem Eigentümer des belasteten Grundstücks gegen die Hypothek, d. h. die Klage aus dem dinglichen Recht, die dem persönlichen

Schuldner gegen die Forderung sowie die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden der Anfechtung und Aufrechnung, schließt dagegen für ihn die Einrede der beschränkten Haftung des Erben aus für den Fall, daß der persönliche Schuldner stirbt.

Diese Vorschriften greifen nur bei der Hypothek Platz und sind gegeben für den Fall, daß der Eigentümer und der persönliche Schuldner verschiedene Personen sind. Schon die Hervorhebung des „persönlichen Schuldners" und der „Forderung" lassen äußerlich erkennen, daß für eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen auf die Grundschuld kein Raum ist. Die etwa vorhandene Verbindung der Forderung mit der dinglichen Belastung ist bei der Grundschuld bezüglich dieser Einreden rechtlich irrelevant. Das dingliche Recht aus der Grundschuld besteht ohne Rücksicht auf ein vorhandenes Forderungsverhältnis und die etwa aus diesem entspringenden Einreden. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß solche Einreden gar keinen Wert für den Eigentümer des mit einer Grundschuld belasteten Grundstücks haben können. Dieselben treten vielmehr unter Umständen in Wirksamkeit bei Geltendmachung des Anspruchs seitens des aus der Grundschuld Berechtigten. Ein der Grundschuld zugrunde liegendes Rechtsgeschäft kann unter Umständen sehr wohl als Beweggrund der Leistung in Betracht kommen. Aus ihm kann der Verpflichtete möglicherweise eine Einrede herleiten, die ihm das Recht gibt, die Leistung zu verweigern; er kann sogar auf Grund desselben oder aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung oder ungerechtfertigten Bereicherung auf Rückgabe der Grundschuld Klage erheben.

Dennoch steht, wie oben bemerkt, der Anwendung des § 1137 auf die Grundschuld der Umstand entgegen, daß die Grundschuld eine Forderung nicht voraussetzt, von ihr abstrahiert. Deswegen können generell dem Eigentümer gegen die Grundschuld nicht alle Einreden an die Seite gegeben werden, welche für ihn oder einen Dritten aus einem vorhandenen, der Grundschuld zugrunde liegenden Forderungsverhältnisse entspringen.[1])

Der § 1138 erstreckt mit Rücksicht darauf, daß Hypothek

[1]) Fuchs a. a. O. S. 651.

und Forderung akzessorisch zueinander sind, für die Hypothek die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auch auf die Forderung und die vorerwähnten Einreden des Eigentümers aus § 1137. Dadurch wird der gutgläubige Erwerber der Hypothek, der sie vom ersten Gläubiger erhält, gegen die nach § 1137 dem Eigentümer zustehenden Einreden geschützt.[2]) Er erwirbt die Hypothek so, wie sie im Grundbuch eingetragen ist, und braucht nur die Einreden gegen sich gelten zu lassen, die er beim Erwerbe kannte, die sich aus dem Grundbuche oder dem Briefe ergeben, oder die dem Eigentümer gegen ihn persönlich zustehen.

Die Bestimmung des § 1138 ist auf die Grundschuld, wie bemerkt, nicht anwendbar, einmal wegen der Bezugnahme auf die Einreden des § 1137; wie erwähnt, fallen diese ihrerseits für die Grundschuld weg, mithin erübrigt sich auch die Ausschließung ihrer Anwendbarkeit; sodann wegen der Voraussetzung einer Forderung, auf welche bei der Hypothek die Öffentlichkeit des Grundbuchs erstreckt wird. Die Vorschrift ist aber auch entbehrlich, weil der gutgläubige Erwerber der Grundschuld mit Rücksicht auf die abstrakte Natur derselben ohnehin Einreden aus einem etwa vorhandenen Forderungsverhältnis abzuschneiden in der Lage ist, soweit es sich nicht um solche handelt, die dem Eigentümer das Recht zur Leistungsverweigerung und zur Kondiktionsklage geben, Einreden, die auf gänzlich anderer rechtlicher Basis beruhen als bei der Hypothek.[3])

Nach § 1139 kann der Eigentümer bei einer Hypothek, die unter Ausschluß des Briefes für ein Darlehen eingetragen ist, binnen einem Monat seit Eintragung die Eintragung eines Widerspruchs beantragen, wenn er das Darlehen nicht erhalten hat. Dieser Widerspruch gilt dann als mit der Hypothek zu-

---

[2]) Die Vorschrift des § 1138 zum Schutze des gutgläubigen Erwerbers der Hypothek ausdrücklich aufzunehmen war notwendig, da an sich die Bestimmungen der §§ 891—899 nur für die im Grundbuch eingetragenen dinglichen Rechte gelten (vgl. Neumann, BGB. S. 774).

[3]) Oberneck, Reichsgrundbuchrecht S. 1008 Buchst. c.

gleich eingetragen. Diese Vorschrift muß für die Grundschuld notwendigerweise fortfallen, weil sie nur für den besonderen Fall einer Hypothek für ein Darlehen unter Ausschluß eines Hypothekenbriefes gegeben ist, mithin ein ganz konkretes Forderungsverhältnis zur Voraussetzung hat. Ein solches darf aber bei der Grundschuld nicht in Betracht kommen. Tritt der Fall des § 1139 bei der Grundschuld ein, so bleibt dem Eigentümer nur die Möglichkeit, eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Rückübertragung oder Aufhebung der Grundschuld in das Grundbuch eintragen zu lassen.

§ 1140 schließt für die Hypothek den öffentlichen Glauben des Grundbuchs aus, wenn und soweit die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Briefe oder einem Vermerk auf demselben hervorgeht. Für den Fall also, daß die tatsächlichen Verhältnisse anders liegen, als das Grundbuch angibt, und dieses aus dem Hypothekenbrief erkennbar ist, gilt nicht das Buch, sondern der Brief. Ein Widerspruch, den der Brief enthält, hat dieselbe Bedeutung und Wirkung als wenn er im Grundbuch eingetragen wäre. Auch wenn im Rahmen des § 1140 alle beteiligten Personen auf den Hypothekenbrief zur Ableitung von Rechten Bezug nehmen können, so darf daraus nicht gefolgert werden, daß der Brief selbst öffentlichen Glauben beansprucht. Bei Verschiedenheit von Grundbuch, Hypothekenbrief[4]) und wirklicher Rechtslage gibt stets letztere den Ausschlag.[5]) Ferner spricht der § 1155 dagegen. Dort ist gesagt, daß die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§§ 891– 899) in gleicher Weise, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre, Anwendung finden, aber nur dann, wenn er sein Gläubigerrecht durch eine zusammenhängende auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen beweisen kann. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf die Grundschuld ist

[4]) Erhebliche Unterschiede zwischen Grundbuch und Hypothekenbrief werden selten vorkommen, da der Brief vom Grundbuchamt ausgestellt wird und bei jeder Änderung des Grundbuchs auch der Hypothekenbrief vorgelegt werden muß; vgl. Cosack a. a. O. Bd. 2 S. 224.

[5]) Fuchs a. a. O. S. 433.

unbedenklich auszusprechen, da sie ohne Rücksicht auf das Bestehen einer Forderung gegeben ist, und die Bestellung einer Grundschuld mit Brief nach § 1116 Abs. 1 und § 1192 zulässig ist.

Der § 1141 Abs. 1 setzt fest, daß die Kündigung der Hypothek wirksam nur vom Eigentümer dem Gläubiger gegenüber und umgekehrt erfolgen kann, wenn die Fälligkeit der Forderung durch Kündigung bedingt ist. Die Notwendigkeit einer solchen Bestimmung bei der Hypothek ist einleuchtend, da hier unter Umständen noch eine dritte Person vorhanden sein kann, nämlich der persönliche Schuldner,[6]) wenn derselbe mit dem Eigentümer nicht identisch ist. Bei der Grundschuld ist die Vorschrift überflüssig. Die Kündigung kann bei ihr nur zwischen Eigentümer und dem Gläubiger erfolgen, und zwar beruht sie im einzelnen auf den zwischen diesen getroffenen Vereinbarungen. Erst mangelts einer solchen, greift die Vorschrift des § 1193 Abs. 1 ein, wonach beide zur Kündigung berechtigt sind, und die Kündigungsfrist 6 Monate beträgt. Die Abstraktion der Grundschuld von einem Forderungsverhältnis duldet nicht, daß ein möglicherweise vorhandener persönlicher Schuldner, für dessen Schuld an den Gläubiger der Eigentümer sein Grundstück mit der Grundschuld belastet hat, hierbei irgendwie rechtlich in die Erscheinung tritt.

Dagegen finden Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 unbedenklich Anwendung.[7])

Der an sich für die Grundschuld überflüssige Abs. 1 des § 1142 würde für dieselbe lauten: Der Eigentümer ist berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, wenn die Grundschuld fällig geworden ist.

Nach Abs. 2, welcher ohne weiteres auch für die Grundschuld gilt, soll der Eigentümer sich auch durch Hinterlegung oder Aufrechnung befreien können, obwohl er nicht Schuldner der Grundschuldsumme im Sinne des Obligationenrechts ist.

Die §§ 1144 und 1145 haben unter entsprechender Ab-

---

[6]) Über die gegen ein Kündigungsrecht des persönlichen Schuldners geltend gemachten Bedenken s. Reatz a. a. O. S. 552 Anm. 11.

[7]) Fuchs a. a. O. S. 652.

änderung der Worte „Hypothek", „Hypothekenbrief", „Teilhypothekenbrief" in „Grundschuld", „Grundschuldbrief" und „Teilgrundschuldbrief" Geltung für die Grundschuld und bedürfen keiner weiteren Erörterung.[8])

Auch § 1146, welcher das Grundstück für Verzugszinsen haftbar macht, wenn der Eigentümer in Verzug gerät, leidet auf die Grundschuld Anwendung.[9]) Für einen ausdrücklichen Ausspruch dieser Verpflichtung des Eigentümers sprach in der Kommission die Erwägung,[10]) daß, „da die Vorschriften des Obligationenrechts über den Verzug nicht ohne weiteres anwendbar seien, es zweifelhaft sein würde, ob der Eigentümer im Falle des Verzugs zur Entrichtung von Verzugszinsen verpflichtet sei. Da aber in der Kommission Einigkeit herrsche, daß eine solche Verpflichtung bestehen soll, so sei es richtiger, dies im Gesetz auszusprechen, als sich darauf zu verlassen, daß die Praxis im Wege der Analogie zu dem gleichen Ergebnis gelangen werde."

Für diese Vorschrift ist nun die Existenz einer Forderung nicht nur nicht maßgeblich, sondern es wird sogar, wie die Wortfassung beweist, ausdrücklich von einer solchen Abstand genommen; die Bestimmung ist gegen den Eigentümer als solchen gerichtet. Die ihr entsprechende Norm des § 1140 des Entw. 1 gab auch diese Regelung direkt für die Grundschuld.[11]) Die Motive[12]) sagen in dieser Beziehung: „Der Grundschuldgläubiger darf nicht schlechter gestellt werden als der Hypothekengläubiger, welcher durch Mahnung den Schuldner in Verzug setzen und den Anspruch auf Verzugszinsen erlangen kann. Sonst würde die Grundschuld der Hypothek gegenüber an einer Schwäche leiden, welche ihre Verkehrsfähigkeit erheblich beeinträchtigen müßte. Um diesen Unzuträglichkeiten vorzubeugen, erstreckt der Entwurf den dinglichen Anspruch auch auf die dem Gläubiger gebührenden Verzugszinsen, und zwar

[8]) Turnau-Förster a. a. O. S. 873.
[9]) Fuchs a. a. O. S. 466.
[10]) Kommissionsprotokolle Bd. 3 S. 712.
[11]) Mittelstein a. a. O. S. 149.
[12]) Bd. 3 S. 790.

gerade so, wie sich ergeben würde, wenn der Eigentümer persönlich die Summe schuldete."

In gleicher Weise wie bei der Hypothek nach § 1147 erfolgt auch bei der Grundschuld die Zwangsvollstreckung zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers.[13]) Die Vorschrift findet jedoch weder auf Eigentümerhypotheken, noch auf Eigentümergrundschulden Anwendung. Dem stehen die §§ 1177 und 1197 entgegen.

Der aus dem Entw. 2 übernommene § 1168 schafft zugunsten des Gläubigers die Präsumtion, daß der im Grundbuch als Eigentümer Eingetragene der Eigentümer ist. Er erleichtert somit dem Gläubiger die Kündigung und Rechtsverfolgung. Dem nicht eingetragenen wirklichen Eigentümer bleiben jedoch seine Einwendungen gegen die Hypothek gewahrt. Die Vorschrift ist nach § 1192 Abs. 1 auch für die Grundschuld gegeben.

Dasselbe muß vom § 1149 gelten.[14]) Demgemäß kann erst nach Fälligkeit der Grundschuldsumme dem Gläubiger das Recht eingeräumt werden, zur Befriedigung die Übertragung des Eigentums am Grundstück zu verlangen, oder die Veräußerung desselben im Wege des Privatverkaufs zu bewirken. Vor Fälligkeit der Grundschuldsumme geschlossen, ist eine dahin gehende Vereinbarung nichtig, auch wenn sie besagt, daß der Gläubiger das Recht erst nach Eintritt der Fälligkeit ausüben dürfe.

Auch § 1150 beansprucht nicht alleinige Geltung für die Hypothek; eine Bezugnahme auf die Forderung enthält er nicht. Er läßt für den Fall, daß der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke verlangt, die §§ 268, 1144 und 1145 entsprechende Anwendung finden. Das muß auch für die Grundschuld gelten. Die §§ 1144 und 1145 setzen keine Forderung voraus und sind daher, wie schon bemerkt, auf die Grundschuld anwendbar. Danach geht also nicht die Forderung, sondern die Grundschuld auf den Dritten über, soweit derselbe den Gläubiger befriedigt.[15]) Dies jus offerendi et succedendi ist dem dazu berechtigten

[13]) Reatz a. a. O. S. 555 Anm. 13.
[14]) Fuchs a. a. O. S. 472.
[15]) Turnau-Förster a. a. O. S. 873.

Dritten gegeben, wenn der Gläubiger Befriedigung verlangt und dies durch Kündigung, Mahnung oder Klageerhebung zu erkennen gibt. Die entsprechende Anwendung von § 268 beschränkt dies Recht des Dritten nicht auf die Zwangsvollstreckung, welche in § 268 gegen den obligationenrechtlichen Schuldner vom Gläubiger bereits betrieben werden muß, damit der Dritte sein Ablösungsrecht ausüben kann.[16])

Der § 1160, welcher unter den dort angegebenen Voraussetzungen den Eigentümer schützen will, soweit es sich um Mahnung, Kündigung oder Geltendmachung der Briefhypothek handelt, gewährt auch dem Eigentümer bei der Briefgrundschuld Schutz, denn es kommt dabei nur die Geltendmachung des dinglichen Rechts in Frage; von Geltendmachung des persönlichen Anspruchs, Kündigung und Mahnung hinsichtlich der Forderung, ist nicht die Rede. Für diese gibt § 1161 in modifizierter Weise eine entsprechende Vorschrift. Nach § 1160 ist daher der aus der Briefgrundschuld Berechtigte verpflichtet, den Brief oder die nach § 1155 erforderlichen Urkunden zur Darlegung seiner Gläubigereigenschaft vorzulegen, andernfalls der Eigentümer die verlangte Zahlung verweigern darf; denn letzterer braucht sich nicht der Gefahr auszusetzen, daß er an einen Nichtberechtigten zahlt. Er kann eine dahingehende Einrede erheben. Daß es sich dabei um eine vom Beklagten geltend zu machende Einrede handelt, nicht um ein klagebegründendes Moment, wenn man vom Urkundenprozesse absieht, erhellt aus der Fassung „widersprechen".[17]) Mit Rücksicht auf den Wortlaut der Vorschrift wird man jedoch nicht annehmen dürfen, daß die Vorlegung der Urkunden sich im Prozesse erübrigt und es genügt, daß die Verpflichtung des Klägers dazu im Urteil festgelegt wird, gewissermaßen durch Verurteilung des Beklagten ähnlich wie nach § 274 BGB. zur Erfüllung Zug um Zug.[18])

---

[16]) Fuchs a. a. O. S. 474.

[17]) vgl. auch Urteil des Reichsgerichts vom 27. 6. 1903 bei Sörgel, Rechtsprechung zu § 1160.

[18]) vgl. Mittelstein a. a. O. S. 193 und Kommissionsprotokolle Bd 3 S. 664.

Nach Abs. 2 ist auch bei der Briefgrundschuld zur Wirksamkeit der Kündigung und Mahnung Vorlegung der Urkunden erforderlich, wenn der Eigentümer Widerspruch erhebt gegen eine ohne Vorlegung erfolgte Mahnung oder Kündigung. Bei Fassung der Vorschrift für die Grundschuld können die Worte „dem Eigentümer gegenüber erfolgte", (scil. Kündigung) als überflüssig wegbleiben, da die in Frage stehenden Rechtshandlungen bei der Grundschuld nur dem Eigentümer gegenüber erfolgen können, und eine dem etwa vorhandenen persönlichen Schuldner gegenüber geschehene Kündigung oder Mahnung als für den Bestand der Grundschuld gleichgültig außer Betracht bleiben muß.

Nach Abs. 3 gelten die Vorschriften des § 1160 Abs. 1 und 2 nicht für Ansprüche auf rückständige Grundschuldszinsen oder andere rückständige Nebenleistungen. Bezüglich dieser hat es bei der im § 1159 gegebenen Regelung sein Bewenden. Doch findet der Inhalt des § 1160, wie schon bemerkt, nur auf die Briefgrundschuld, nicht auch auf die Buchgrundschuld Anwendung.

Die behandelten Regeln des § 1160 werden durch den schon erwähnten § 1161 auf die Geltendmachung der persönlichen Forderung in dem Falle für anwendbar erklärt, daß Eigentümer und persönlicher Schuldner dieselbe Person ist. Schon eine rein äußerliche Betrachtung der Vorschrift, die Hineinbeziehung des persönlichen Schuldners und die Hervorhebung der Forderung, für welche speziell die Regel gelten soll, ergibt die Unanwendbarkeit der Norm auf die Grundschuld.

§ 11.

Die Teilung der Forderung.

Die §§ 1151 bis 1152 handeln von der Teilung der Forderung in einzelne Teile. Nach § 1151 ist für diesen Fall zur Änderung des Ranges unter den Teilhypotheken die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich, welche sonst § 880 Abs. 2 nötig macht. Nach § 1152 können, soweit es sich um

Briefhypotheken handelt, ohne Zustimmung des Eigentümers, Teilhypothekenbriefe hergestellt werden. Diese Vorschriften, in welchen das Wort „Forderung" wie an vielen schon behandelten anderen Gesetzesstellen gleichbedeutend mit „Hypothekensumme" ist, und die als solche das persönliche Schuldverhältnis durchaus nicht zur Voraussetzung haben, sind auf die Grundschuld auszudehnen. Für „Forderung" muß dann „Grundschuldsumme" gesagt werden.

§ 12.

Die Abtretung der Forderung und Stellung des neuen Gläubigers.

Die §§ 1153 bis 1159 handeln von der Abtretung der Forderung. Der § 1153 begründet die akzessorische Natur der Hypothek. Er lautet: „Mit der Übertragung der Forderung geht die Hypothek auf den neuen Gläubiger über. Die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, die Hypothek kann nicht ohne die Forderung übertragen werden." Diese enge Verbindung von Hypothek und Forderung,[1]) welche hier festgelegt wird, macht eine entsprechende Anwendung der Vorschrift auf die Grundschuld unmöglich.[2]) „Forderung" bedeutet hier das der Hypothek zugrunde liegende konkrete persönliche Schuldverhältnis. Ein solches darf aber als Inhalt der dinglichen Belastung bei der Grundschuld nicht in die Erscheinung treten. Ist neben derselben ein Forderungsverhältnis vorhanden, so hat die Übertragung der Grundschuld also nicht den Übergang der persönlichen Forderung auf den neuen Grundschuldgläubiger zur Folge.[3]) Umgekehrt hat der neue Gläubiger, wenn allein die Forderung übertragen wird, höchstens einen persönlichen Anspruch auf Abtretung der Grundschuld, und zwar nach Maß-

[2]) Daß Forderung und dingliches Recht im Entstehungsstadium der Hypothek akzessorisch sind, später jedoch getrennte Schicksale haben können, ist bereits oben erwähnt.

[2]) Turnau-Förster a. a. O. S. 721 und 873.

[3]) vgl. Oberneck, Reichsgrundbuchrecht S. 1011 Buchstb. g.

gabe des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses. Die Wirkungen der Übertragung, sofern eine solche besonders vorgenommen wird, regeln sich nach dem Rechte der Schuldverhältnisse. Tritt der Grundschuldgläubiger die Forderung oder die Grundschuld allein an einen Dritten ab, so wird an sich die Existenz der dinglichen Belastung in keiner Weise berührt, aber der Eigentümer des belasteten Grundstücks kann nie zweimal in Anspruch genommen werden.

Beispiele:

I. A hat eine Forderung gegen B. Für diese belastet C sein Grundstück mit einer Grundschuld.

1. A tritt die Forderung an D ohne die Grundschuld ab. Dann braucht B an D auf dessen Verlangen nur gegen Abtretung der Grundschuld von A an ihn zu zahlen; er kann dem Anspruch eine dahin gehende Einrede entgegen halten.

2. A tritt nur die Grundschuld an D ab. Dann braucht B auf die persönliche Forderung nur zu zahlen, wenn ihm die Grundschuld übertragen wird. Andrerseits wird durch Zahlung der Grundschuldsumme die persönliche Forderung getilgt.

II. A hat eine Forderung gegen B. Dieser belastet zur Sicherheit für dieselbe sein Grundstück mit einer Grundschuld.

1. A tritt allein die Forderung an D ab. Dann braucht B an D nur gegen Rückgabe der Grundschuld zu zahlen.

2. A tritt allein die Grundschuld an D ab. Zahlt B nun an D, so tritt die Eigentümergrundschuld ein, und B wird frei. Auf die persönliche Schuld braucht er an A nur zu zahlen, wenn ihm die an D abgetretene Grundschuld zurückgegeben wird.

Die Vorschriften des § 1154, welche als Form für die Abtretung der Hypothekenforderung einfache Schriftlichkeit und Übergabe des Briefes festlegen, und zwar Abs. 1 und 2 bei Hypothek mit Brief, können auch bei der Grundschuld Anwendung finden.[4]) Mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 1153 kann dies auf den ersten Blick zweifelhaft erscheinen, weil, wie in diesem Paragraphen von Übertragung der Forderung, so hier

[4]) s. Fuchs a. a. O. S. 483.

von Abtretung der Forderung gesprochen wird. Aber während im § 1153 das konkrete Forderungsverhältnis als solches, gewissermaßen die verkörperte Rechtsbeziehung zwischen den Personen, zwischen welchen die Forderung begründet ist, gemeint ist, kann in § 1154 für „Forderung", „Grundschuldsumme" oder schlechthin „Grundschuld" gedacht werden. Denn eben aus der engen Verbindung zwischen Forderung und Hypothek, in welche § 1153 beide zu einander setzt, erhellt, daß im § 1154 nur Formvorschriften für die Abtretung der Forderung, und damit vermöge des § 1153 auch des dinglichen Rechts gegeben werden.[5]) Die Aufstellung besonderer Formvorschriften für die Abtretung der Forderung war mit Rücksicht auf die akzessorische Natur der Hypothek nötig. Andernfalls könnte die Forderung, zu deren Sicherung die Hypothek bestellt ist, und mit dieser gemäß § 1153 die Hypothek selbst durch formlosen Vertrag (§ 398) übertragen werden, während sonst zur Übertragung eines dinglichen Rechts Einigung und Eintragung in das Grundbuch nötig ist. „Diese Folgerung aus der akzessorischen Natur der Hypothek" sagt Planck a.a.O. S. 611, „schneidet das Gesetz in § 1154 ab, indem es die Abtretung an bestimmte Formen knüpft."

Die für Abtretung der Forderung bei der Buchhypothek im Abs. 3 des § 1154 in bezug genommenen §§ 873 und 878 des BGB. gelten daher auch für Abtretung der Buchgrundschuld d. h. also, die allgemeinen Regeln, welche für die Übertragung von Rechten an Grundstücken gegeben sind. Auch diese Bezugnahme auf die allgemeinen Vorschriften über Übertragung von Rechten an Grundstücken für die Forderung läßt erkennen, daß das Gesetz, im Grunde genommen seine Formvorschriften nicht allein für die Weiterübertragung der persönlichen Schuld, sondern mit derselben auch des dinglichen Rechts geben will. In den Motiven[6]) heißt es zu der Frage der Anwendbarkeit der Bestimmung auf die Grundschuld: „Die Übertragung der Grund-

---

[5]) Staudinger a. a. O. S. 452; ebenso Dronke im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat. 1. Jahrg. 1901 S. 955.

[6]) Bd. 3 S. 783.

schuld bedarf einer besonderen Regelung nicht, da die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 1112 bis 1115 (Entw. 1, entsprechend dem jetzigen § 1154) nicht zweifelhaft sein kann. Daraus, daß die Grundschuld von einer Forderung nicht abhängig ist, folgt für den Fall der Abtretung nur, daß das dingliche Recht des Gläubigers den unmittelbaren Gegenstand der Übertragungserklärung bildet. Im übrigen beruhen die Erfordernisse der Beglaubigung der Abtretungserklärung und der Übergabe des Briefes bei der Hypothek nicht in Erwägungen, welche in der Forderung liegen, sondern in Zweckmäßigkeitsrücksichten, welche für die Grundschuld in gleicher Weise sich geltend machen, wie für die Briefhypothek.“ Der § 1154 gilt aber nur für die Abtretung des dinglichen Rechts bei der Grundschuld. Das etwa vorhandene Forderungsrecht wird durch eine derartige Abtretung nicht berührt und kann nur übergehen, wenn es besonders nach den Vorschriften der §§ 398 ff. abgetreten wird. Wird die Forderung ihrerseits abgetreten, so kann damit nicht auch die Grundschuld übergehen, da mit einer abgetretenen Forderung gemäß § 401 BGB. nur die für sie bestehenden Hypotheken und Pfandrechte, nicht aber Grundschulden übergehen.

Der hiermit zusammengehörige § 1155 dehnt auch für den nicht bösgläubigen Erwerber einer Grundschuld, dessen Gläubigerrecht sich auf den Besitz des Grundschuldbriefes und eine zusammenhängende bis auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen gründet, den öffentlichen Glauben der Eintragung in das Grundbuch auf die Grundschuld aus.[7]) Während also zum Erwerbe der Grundschuld die Form des § 1154, einfache Schriftlichkeit und Übergabe des Briefes, bezw. bei Buchgrundschuld Eintragung in das Grundbuch, ausreichend ist, macht § 1155 dem gutgläubigen Erwerber der Briefgrundschuld, wenn er bei Geltendmachung seines Anspruches aus der Grundschuld gesichert sein will, die öffentliche Beglaubigung der Abtretungsurkunden zur Vorschrift.[8]) Auch die Fälle des letzten Satzes,

[7]) s. Mot. Bd. 3 S. 783 Nr. 2 und Fuchs a. a. O. S. 493.

[8]) vgl. Mittelstein a. a. O. S. 137.

welche der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung gleichgestellt sind, können bei der Grundschuld eintreten und gelten für sie, z. B. wenn der Gläubiger Befriedigung verlangt und nach § 1150 eine cessio legis gemäß § 268 Abs. 3 des BGB. eintritt.

Der § 1156 schließt die Anwendung von Vorschriften des Obligationenrechts, nämlich der zum Schutze des Schuldners gegebenen §§ 406—408 auf das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger in Ansehung der Hypothek aus.

Diese Ausschließung mußte, trotzdem an sich das Recht der Schuldverhältnisse allgemein auf das Hypothekenrecht keine Anwendung findet, mit Rücksicht auf den § 413 des BGB. ausdrücklich ausgesprochen werden. Nach der letztgenannten Vorschrift gelten nämlich die für Übertragung der Forderung gegebenen allgemeinen Regeln auch für die Übertragung anderer Rechte, also auch für Hypothek, Grund- und Rentenschuld. Nach den §§ 406—408 muß der neue Gläubiger in seinem Verhältnisse zum Schuldner gewisse Vorgänge und Tatsachen unter den dort angegebenen Umständen auch nach der Abtretung der Forderung als rechtserheblich gegen sich gelten lassen. Dies braucht der neue Gläubiger einer Hypothek nach § 1156, abgesehen von dem im letzten Satze genannten Falle, nicht. Diese Außerkraftsetzung der genannten Vorschriften des Zessionsrechts findet auf die Grundschuld Anwendung.[9]) Es ist in ihr die Forderung nicht nur nicht das Maßgebliche, sondern die Regel gilt im Gegenteil nur „in Ansehung der Hypothek," des dinglichen Rechts. Auf das persönliche Forderungsverhältnis ist sie bei der Hypothek nicht ausgedehnt worden, da es „ein durch die Rücksicht auf den Realkredit nicht gerechtfertigter Bruch in das Obligationenrecht wäre, wenn die Beschränkungen, welchen die Verteidigung des Schuldners gegen den dinglichen Anspruch unterworfen wird, auf den Fall der Verfolgung des persönlichen Anspruchs übertragen würden."[10]) Man könnte

---

[9]) Fuchs a. a. O. S. 501 und 653 sowie Turnau-Förster a. a. O. S. 730.

[10]) Mot. Bd. 3 S. 713.

aus dem im § 1153 festgelegten Prinzipe vielleicht folgern, daß mit der Vorschrift des § 1156 auch die Forderung getroffen werden sollte.[11]) Wenn auch an vielfachen Stellen im Gesetze von „Forderung" gesprochen wird, und eine solche Norm auch auf das dingliche Recht, die Hypothek als solche, erstreckt werden muß, so gilt dies doch nicht umgekehrt. Die Worte „in Ansehung der Hypothek" statuieren den betreffenden Satz nur für die dingliche Seite der Belastung.[12]) Durch die Vorschrift des § 1156 wird nicht der bei der Grundschuld zur Zahlung Verpflichtete, der Grundstückseigentümer, sondern der neue Gläubiger in Schutz genommen. Zahlt der Eigentümer gutgläubig nach Übertragung der Grundschuld die Grundschuldsumme an den alten Gläubiger, so ist er dem neuen Gläubiger gegenüber nicht befreit und kann sich nicht auf seinen guten Glauben berufen. Nur eine Kündigung des Eigentümers an den alten Gläubiger kann nach Satz 2 mit Wirksamkeit gegen den neuen Gläubiger erfolgen, jedoch auch nur für den Fall, daß der Eigentümer bezüglich der Übertragung der Grundschuld gutgläubig, daß dieselbe ihm unbekannt und in das Grundbuch nicht eingetragen ist.

Eine Ausschließung der an sich ebenfalls für die Grundschuld geltenden Bestimmung des § 404, welcher dem Schuldner die zur Zeit der Abtretung begründeten Einwendungen gegen den neuen Gläubiger zugesteht, erübrigte sich, da der neue Gläubiger gegen diese bereits nach allgemeinen sachenrechtlichen Grundsätzen gemäß § 892 durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt ist.

Auch eine Einrede gegen die Hypothek aus einem zwischen dem Eigentümer und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisse kann der Eigentümer des mit einer Hypothek belasteten Grundstücks dem neuen Gläubiger gemäß § 1157 entgegenhalten. In Betracht kommt dabei jede vereinbarte Beschränkung des dinglichen Rechts, z. B. eine mit dem bisherigen Gläubiger vereinbarte Stundung, oder die Abrede, daß

---

[11]) Kommissionsprotokolle Bd. 3 S. 590.

[12]) Hachenburg, BGB. S. 536.

die Hypothek gelöscht werden sollte, oder daß sie nur begründet wurde, um dem Eintritte der Eigentümerhypothek aus dem Wege zu gehen;[13]) ferner die Bürgschaftseinreden, wenn der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner ist, sondern die Hypothek nur als Bürge für die Schuld eines Dritten gegeben hat.[14])

Die Vorschrift findet auf die Grundschuld Anwendung, da hier das Bestehen einer Forderung durchaus außer acht gelassen ist, die Regel für das Hypothekenrecht vielmehr auch nur für die „Hypothek", das dingliche Recht, Geltung hat, während die Einreden gegen die Forderung im § 1137 behandelt sind. Man wird sogar dieser Vorschrift eine besondere Wichtigkeit für die Grundschuld beilegen können. Auf Grund derselben kann nämlich unter Umständen dem Eigentümer die Möglichkeit gegeben sein, zur Begründung einer Einrede obiger Art auf ein neben der Grundschuld bestehendes Forderungsverhältnis zurückzugreifen, was ihm sonst bei der abstrakten Natur der Grundschuld versagt ist.[15]) Gemäß Satz 2 ist eine derartige Einrede aber nur demjenigen neuen Gläubiger gegenüber wirksam, der bezüglich des Rechtsverhältnisses, aus dem die Einrede entspringt, bösgläubig ist; er darf die Einrede beim Erwerbe der Grundschuld weder gekannt haben, noch darf sie im Grundbuche eingetragen sein oder aus dem Briefe hervorgehen. Gegenüber dem gutgläubigen Erwerber hat sie keine Kraft.[16]) Beide Rechtsinstitute, Hypothek und Grundschuld, genießen also gleichen Schutz, sobald sie sich in der Hand eines gutgläubigen Erwerbers befinden. Hachenburg[17]) sagt in dieser Beziehung treffend: „Wer im guten Glauben an das Recht des Veräußerers dessen Verkehrshypothek erwirbt, ist ebenso geschützt gegen die Einwendungen aus der Forderung, als habe er eine Grundschuld erworben. Der Vorteil der Grundschuld macht sich also für den ersten Gläubiger bemerkbar. Sein Recht entsteht ohne Rück-

---

[13]) vgl. Mot. Bd. 3 S. 396 und Hachenburg, BGB. S. 563.
[14]) Fuchs a. a. O. S. 651.
[15]) Staudinger a. a. O. S. 459.
[16]) vgl. Kommissionsprotokolle Bd. 3 S. 583.
[17]) BGB. S. 574.

sicht auf die Forderung. Er ist dem Hypothekengläubiger in gleicher Weise voraus wie der Inhaber eines abstrakten Schuldbekenntnisses gegenüber dem Gläubiger aus der benannten Obligation.“ Fuchs[18]) schreibt mit Recht dem § 1157 für die Grundschuld eine erhöhte Bedeutung zu, weil sie bei ihrer Unabhängigkeit von einer Forderung als abstrakte Summenbelastung sonst nur Einreden aus eigenem Recht zuläßt, hier aber dem Eigentümer auch solche aus einem zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger vereinbarten Rechtsverhältnisse gegeben sind.[19])

Die durch den § 1156 ausgeschlossenen allgemeinen Bestimmungen bezüglich der Übertragung der Forderung (§§ 406—408) werden durch den § 1158 auf das Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und neuem Gläubiger für anwendbar erklärt. Dies soll jedoch nur der Fall sein, soweit es sich um die Forderung auf Zinsen oder andere Nebenleistungen handelt, welche spätestens in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigentümer von der Übertragung Kenntnis erlangt, oder dem folgenden fällig werden. Die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs seitens des Gläubigers ist gegenüber diesen, sowie den Einwendungen aus den §§ 404, 406—408 und 1157 abgeschnitten. Diese Vorschrift darf auf die Grundschuld ausgedehnt werden, auch wenn sie nur gegeben ist, soweit die „Forderung“ auf Zinsen oder andere Nebenleistungen gerichtet ist. Forderung ist hier nicht als Gegensatz des persönlichen Schuldverhältnisses zum dinglichen Anspruch zu nehmen; das Bestehen eines Schuldverhältnisses und eine sich aus der Belastung des Grundstücks ergebende Verknüpfung eines solchen mit dem dinglichen Hypothekenanspruch ist bei Aufstellung der Vorschrift außer acht gelassen. Sie wird auf die Grundschuld entsprechend unter Änderung von „Forderung“ in „Grundschuld“ angewendet. Im Abs. 2 des § 1192 wird ihre Geltung, soweit sie die Zinsen betrifft, außerdem ausdrücklich ausgesprochen. Der Erwerber kann also auch bei der Grundschuld die vom Eigentümer nach der Übertragung der Grundschuld an den bisherigen Gläubiger

---

[18]) a. a. O. S. 502.

[19]) vgl. auch Turnau-Förster a. a. O. S. 735.

gezahlten Zinsen und Nebenleistungen, soweit sie in das Vierteljahr, in welchem dem Eigentümer die Übertragung bekannt geworden ist, oder in das folgende fallen, nicht noch einmal vom Eigentümer verlangen. Die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ist ausgeschlossen, und der Einwand der Tilgung greift gegen den neuen Grundschuldgläubiger durch.

Betrifft diese Bestimmung nur das Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und neuem Gläubiger hinsichtlich der erst fällig werdenden Zinsen und Nebenleistungen, so gibt § 1159 Regeln hinsichtlich der zur Zeit der Übertragung bereits verfallenen, noch nicht bezahlten Zinsen und Nebenleistungen, und zwar außer für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger auch für die Übertragung selbst. Aus den gleichen Gründen, wie sie für die entsprechende Anwendung der voraufgehenden Bestimmung des § 1158 auf die Grundschuld bestehen, beansprucht auch diese Norm für die Grundschuld Geltung (§ 1192 Abs. 2). Demnach gelten die allgemeinen Zessionsvorschriften unter Ausschluß der Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, und nach diesen haftet der Eigentümer dem Erwerber für rückständige Zinsen und Kostenforderungen, soweit für letztere das Grundstück nach § 1118 in Anspruch genommen werden kann.[20]) Der Eigentümer ist also völlig gesichert, wenn er die Zinsen der Grundschuldsumme an den ursprünglich aus der Grundschuld Berechtigten zahlt, bevor er Kenntnis von der Abtretung der Grundschuld oder der Zinsen — mag es sich um Buch- oder Briefgrundschuld handeln — erlangt hat.[21]) Auch stehen ihm dieselben Einwendungen gegen den abgetretenen Zinsanspruch zu, wie dem Schuldner einer persönlichen Forderung nach dem Abschn. 4 des Rechts der Schuldverhältnisse (BGB. §§ 404 ff.).

---

[20]) vgl. Mot. Bd. 3 S. 713.

[21]) Mot. Bd. 3 S. 714.

§ 13.

Das Aufgebotsverfahren zwecks Kraftloserklärung des Briefes und Ausschluß des unbekannten Gläubigers.

Die Festsetzung des § 1162, daß der Hypothekenbrief bei Verlust im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden kann, gilt auch für den Grundschuldbrief, was mit Rücksicht auf das Prinzip des § 1192 Abs. 1 keiner weiteren Begründung bedarf.

Die beiden weiteren Fälle, wo das Aufgebotsverfahren in Anwendung kommt, und zwar, um die Rechte des unbekannten Berechtigten auszuschließen, sind auch für die Grundschuld gegeben. Demnach müssen, damit der unbekannte aus der Grundschuld Berechtigte gemäß § 1170 mit seinem Rechte ausgeschlossen werden kann, seit der letzten sich auf den Grundschuldposten beziehenden Eintragung im Grundbuch zehn Jahre vergangen, auch die Verjährung nicht nach § 208 des BGB. unterbrochen sein. Vorausgesetzt ist hier für die Hypothek, daß die persönliche Forderung durch Zahlung getilgt, das dingliche Recht aber bestehen geblieben ist, welches nun ausgeschlossen werden soll. Bei der Grundschuld ist gleichfalls zu unterstellen, daß die Grundschuldsumme bezahlt, der Berechtigte aber noch im Grundbuch vermerkt ist, gleichgültig, aus welchem Grunde die Löschung unterblieben ist. Die Löschungsbewilligung, deren Erteilung von dem Gläubiger infolge seines Unbekanntseins nicht verlangt werden kann, soll auf diesem Wege ersetzt werden. [1]) Wichtig ist der Ausschluß der de facto gar nicht mehr bestehenden Rechte des Grundschuldgläubigers für den Eigentümer zum Zwecke des Erwerbs der Eigentümerschuld (Abs. 2 des § 1170), welche später behandelt wird.

In § 1171 besteht bei der Hypothek die Forderung noch. Ebenso ist bei der Grundschuld auch die Grundschuldsumme noch nicht bezahlt. Der Effekt der Zahlung, welche auf gewöhnlichem Wege an den unbekannten Gläubiger nicht möglich

---

[1]) s. Fuchs a. a. O. S. 541.

ist, soll nun vermittelst des Aufgebotsverfahrens nach geschehener Hinterlegung des Betrages unter Verzicht auf Rücknahme erreicht werden. Zu dem Zwecke bestimmt die Fiktion des Abs. 2, daß durch die Hinterlegung der Gläubiger als befriedigt gelten soll, sofern er nicht schon nach den Hinterlegungsvorschriften befriedigt ist. Das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag erlischt nach Abs. 3. Des für die Hypothek gegebenen Satzes, daß die Hinterlegung von Zinsen nur erforderlich ist, wenn der Zinssatz in das Grundbuch eingetragen ist, bedarf es für die Grundschuld in der Form nicht; denn die Belastung eines Grundstücks mit einer verzinslichen Grundschuld kann nur erfolgen, indem sowohl die Geldsumme wie der Zinssatz buchkundig gemacht werden. Etwaige persönliche Abreden über Zinsen bleiben, wie ein neben der Grundschuld bestehendes Forderungsverhältnis, für die dingliche Belastung und die Haftung des Grundstücks unwirksam. Aus obigem Satze ist für die Grundschuld nur zu entnehmen, daß bei Verzinslichkeit der Grundschuld auch Zinsen hinterlegt werden müssen. Die Geltung der weiteren Regel, daß Zinsen nur in dem Betrage hinterlegt zu werden brauchen, welcher in den letzten vier Vierteljahren vor Erlaß des Ausschlußurteils verfallen ist, wird durch den § 1192 Abs. 2 begründet.

Die entsprechende Anwendbarkeit des Abs. 2 und 3 bedarf an dieser Stelle keiner Erörterung.

§ 14.

Änderung der Forderung und Endigung der Hypothek.

Mit Rücksicht auf die merkwürdige Verbindung, die bei der Hypothek zwischen dinglicher Belastung und persönlicher Forderung besteht, welche Forderung und Hypothek im Entstehungsstadium akzessorisch zu einander gestaltet, später jedoch gestattet, daß beide getrennte Wege einschlagen, ist für die Hypothek der § 1180 erklärlich. An Stelle der Forderung, für die eine Hypothek besteht, kann eine andere Forderung eintreten, selbst wenn sie nicht dem bisherigen Hypothekengläubiger

zusteht. Es ist klar, daß diese Regel auf die Grundschuld nicht ausgedehnt werden kann. Es tritt hier die Forderung in ihrem Verhältnis zum dinglichen Recht in den Vordergrund. Dies darf aber bei der Grundschuld nicht geschehen, da sie eben eine abstrakte Summenbelastung des Grundstücks ist. Bezüglich der Streitfrage, ob die Hypothek einem neuen Gläubiger mit Rücksicht auf § 1180 Abs. 2 direkt und ohne Umweg als Grundschuld gegeben werden kann, haben sich zahlreiche Kommentatoren des Hypothekenrechts dafür ausgesprochen.[1]) Wir möchten uns für das Gegenteil entscheiden. Mit Rücksicht auf den Wortlaut, daß „an die Stelle der Forderung, für welche die Hypothek besteht, eine andere Forderung gesetzt werden" kann, ist wohl anzunehmen, daß der Charakter des dinglichen Rechts, die Hypothek, unverändert bestehen bleiben soll und nur die persönliche Seite eine Änderung erleiden kann.[2]) Man kann zweifelhaft sein, ob nicht der § 1198 dagegen spricht, wonach eine Hypothek in eine Grundschuld und eine Grundschuld in eine Hypothek umgewandelt werden kann. Es ist aber wohl anzunehmen, daß diese Vorschrift nur für den Eigentümer und den ursprünglichen Gläubiger, nicht auch für einen neuen Gläubiger gilt. Turnau-Förster,[3]) welche mangels einer ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzbuchs zweifeln, ob auf Grund des § 1180 die Hypothek als Grundschuld auf den neuen Gläubiger übertragen werden kann, machen auf einen Umweg zur Erreichung dieses Zieles aufmerksam: Der Gläubiger verzichtet auf die Hypothek, diese wird dadurch zur Eigentümerhypothek (§ 1168) und nach § 1177 zur Grundschuld. Als Grundschuld tritt der Eigentümer sie dann an den neuen Gläubiger ab.

Der Satz des § 1181 Abs. 1 und 3, daß bei der gewöhnlichen Einzelhypothek durch die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Befriedigung aus dem Grundstück oder den übrigen verhafteten Gegenständen die Hypothek zum Er-

---

[1]) z. B. Hachenburg, Beiträge S. 89 u. Biermann, Kommentar zum Sachenrecht S. 399.

[2]) So auch Oberneck, Reichsgrundbuchrecht S. 1011 Bchst. f.

[3]) a. a. O. S. 792 Ziff. 2.

löschen gebracht wird, gilt auch bei der Grundschuld; auch sie erlischt mit der Befriedigung des Gläubigers, und die nachstehenden Gläubiger rücken auf.[4])

Ist nach der allgemeinen Vorschrift des § 875 zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück die Erklärung des Berechtigten beim Grundbuchamt oder dem durch die Aufhebung Begünstigten gegenüber und die Löschung im Grundbuch erforderlich, so hat § 1183 für die Hypothek noch die Zustimmung des Eigentümers nötig gemacht, die an das Grundbuchamt oder den Gläubiger zu richten ist. Diese Norm bedeutet einen Ausschluß der Eigentümerhypothek und ist zwingend. Dem Eigentümer, dessen Zustimmung unverzichtbar ist, soll Gelegenheit gegeben werden, den sonst erlöschenden Rang-locus für sich zu erhalten. Diese Bestimmung muß auf die Grundschuld ausgedehnt werden. Von einer Forderung ist nicht die Rede, eine solche ist auch nicht Voraussetzung der Vorschrift.[5])

---

[4]) vgl. Fuchs a. a. O. S. 581 und Mittelstein a. a. O. S. 156.

[5]) Kommissionsprotokolle Bd. 3 S. 616 und Fuchs a. a. O. S. 588.

Dritter Abschnitt.

Die einzelnen besonderen Erscheinungsformen der Hypothek.

§ 15.

Die Eigentümerhypothek.

Von den verschiedenen Unterarten der Hypothek sind nun nacheinander die Eigentümerhypothek, die Gesamthypothek, die Eigentümergesamthypothek sowie als besondere Art die Sicherungshypotheken auf die Anwendbarkeit ihrer Normen für die Grundschuld zu prüfen.

Das Gesetzbuch läßt bei der Eigentümerhypothek wieder verschiedene Formen erkennen, je nachdem der Eigentümer die Hypothek mit oder ohne Forderung überkommt. Die sogenannte forderungsbekleidete Eigentümerhypothek[1]) ist in § 1143 Abs. 1 geregelt. Danach geht, soweit der nicht persönlich, sondern nur dinglich verhaftete Eigentümer den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über, und der für den Bürgen in seinem Verhältnis zum Hauptschuldner gegebene § 774 des BGB. findet auf das Verhältnis des Eigentümers zum persönlichen Schuldner entsprechende Anwendung. Vermöge des akzessorischen Verhältnisses der Hypothek zur Forderung (§ 1153 Abs. 1) geht naturgemäß auch das dingliche Recht auf den Eigentümer über. Bei dieser Hypothek, welche zum Unterschiede von der eigentlichen Eigentümerhypothek ohne Forderung Hypothek des Eigentümers genannt worden ist, bleibt die Forderung

[1]) Die Ausdrücke „forderungsbekleidete und forderungsentkleidete“ Hypothek sind von Dernburg geprägt; vgl. a. a. O. S. 647.

neben dem dinglichen Recht in der Hand des Eigentümers erhalten, und bei einer Trennung von Hypothek und Eigentum lebt die ursprüngliche Hypothek wieder auf.[2]) Es ist ohne weiteres einleuchtend, daß die Vorschrift in der gegebenen Fassung für die Grundschuld fortfallen muß. Dennoch muß das sich ergebende Resultat, nämlich Übergang des dinglichen Rechts auf den Eigentümer, welches bei der Hypothek mit Übergang der Forderung eintritt, auch bei der Grundschuld entsprechend zu Tage treten, sobald der Eigentümer den Grundschuldgläubiger auszahlt.[3]) Nur die Hervorhebung der Eigenschaft des Eigentümers als persönlicher Schuldner muß aus dem Grunde fortfallen, weil die Grundschuld ein persönliches Schuldverhältnis als ihren gesetzlichen Inhalt nicht kennt. Eine bei der Grundschuld vorhandene Forderung geht ohne Zweifel nicht auf den Eigentümer mit über. Wenn Oberneck[4]) zu § 1143 Abs. 1 ausführt, „daß bei der Grundschuld von einem Übergang der Forderung nebst dem dinglichen Recht kraft Gesetzes nicht die Rede sein kann im Falle einer Zahlung der neben der Grundschuld bestehenden persönlichen Forderung durch den Eigentümer", so ist dies zwar richtig, jedoch will § 1143 Abs. 1 u. E. gar nicht diesen Fall treffen. Nicht um Zahlung der neben der Hypothek bestehenden persönlichen Forderung durch den Eigentümer handelt es sich, sondern um Befriedigung des Gläubigers durch ihn. Zahlung einer Hypothek, bei welcher der Eigentümer nur dinglich, nicht zugleich auch persönlich verhaftet ist. Für diesen Fall läßt § 1143 Abs. 1 die Forderung, und mit dieser auch die Hypothek auf den Eigentümer übergehen.[5]) Daß das Resultat, der Übergang des dinglichen Rechts auf den persönlich nicht verhafteten, befriedigenden Eigentümer bei der Grundschuld ebenfalls eintritt, auch wenn eine dies ergebende ausdrückliche Vorschrift nicht vorhanden ist, kann auch aus der Stellung, welche die Motive[6]) zu dieser Frage einnehmen, ge-

[2]) vgl. Neumann, Handausgabe des BGB. Bd. 1 S. 779.
[3]) s. Turnau-Förster a. a. O. S. 703 u. Biermann a. a. O. S. 343.
[4]) Reichsgrundbuchrecht S. 1011.
[5]) So auch Planck, BGB. Bd. 3 S. 590 Bchst. b.
[6]) Bd. 3 S. 786.

schlossen werden.[7]) Diese halten eine ausdrücklich dahingehende Bestimmung für überflüssig, weil sie sich aus § 1094 des Entw. 1. ergäbe. Danach geht die Hypothek durch Befriedigung seitens des Eigentümers nicht unter. Die Redaktionskommission hatte in dem § 1139b Abs. 2 folgende Norm aufgenommen: „Soweit der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, geht die Hypothek unbeschadet der Vorschrift des § 1142t (§ 1173 des BGB.) auf ihn über. Im Falle teilweiser Befriedigung kann der dem Eigentümer zufallende Teil der Hypothek nicht zum Nachteil des dem Gläubiger verbleibenden Teiles geltend gemacht werden." Diese Vorschrift entspricht im Ergebnis den jetzigen §§ 1143 Abs. 1, 1173 u. 1176.

Da von einem Übergang der Forderung, die neben der Grundschuld besteht, auf den Eigentümer auf Grund des § 1143 Abs. 1 nicht die Rede sein kann — durch besondere Abtretung kann dieselbe natürlich sehr wohl an den Eigentümer gelangen — so kommt selbstverständlich auch der zweite Satz des § 1143 für die Grundschuld in Wegfall.[8]) Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung bei der Hypothek, nicht aber bei der Grundschuld. Dieses kann jedoch der Fall sein, wenn der Eigentümer rechtsgeschäftlich Bürgschaft für den Schuldner übernommen hat.[9])

Die Fälle der forderungsentkleideten Eigentümerhypothek sind im § 1163 Abs. 1 enthalten. Diese tritt ein, wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt oder erloschen ist. Der Eigentümer erhält die Hypothek kraft Gesetzes. Die Bestimmung ist ihrem Wortlaut nach ohne Zweifel für eine entsprechende Anwendung auf die Grundschuld ungeeignet, da hier die Forderung das Maßgebliche ist.[10]) Es fragt sich nur, ob nicht aus dem sich ergebenden Resultat, nämlich der Eigentümerhypothek, der Eintritt der Eigentümergrundschuld bei der Grundschuld entsprechend

---

[7]) vgl. auch Bruck a. a. O. S. 197.
[8]) vgl. Bruck a. a. O. S. 198.
[9]) vgl. Fuchs a. a. O. S. 652.
[10]) s. Planck a. a. O. S. 640.

angenommen werden kann. Der erste Fall, daß die Forderung nicht entstanden ist, und die Hypothek deswegen dem Eigentümer, und zwar selbstverständlich ohne Forderung, verbleibt, muß ausscheiden, da eben die Entstehung oder das Nichtentstehen einer Forderung bei der abstrakten Gestaltung der Grundschuld rechtlich gleichgültig ist, weil es nicht zum Wesen der Grundschuld gehört.[11]) Dennoch ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß der Grundstückseigentümer, der die Grundschuld bestellt hat, in einem solchen Falle nach den Bestimmungen des Rechts der Schuldverhältnisse einen obligatorischen Anspruch auf Rückgewähr seiner Leistung gegen den Grundschuldgläubiger geltend machen kann. Er behält diesen Anspruch, auch wenn er das Grundstück veräußert, oder die Grundschuld durch den Gläubiger in andere Hände gelangt. In solchen Fällen greifen dann die Vorschriften der §§ 812 ff. Platz. Der zweite Fall, daß die Forderung erlischt und der Eigentümer dann die Hypothek erhält, findet zwar nicht unbedingt, jedoch unter Umständen auf die Grundschuld Anwendung. Ist der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner der Forderung, für welche die Grundschuld bestellt ist, so erwirbt er im Falle des Erlöschens der Forderung infolge seiner Zahlung die Grundschuld.[12]) Es ist jedoch nötig, daß der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist, da nur in diesem Falle notwendigerweise durch seine Zahlung ein Erlöschen der Forderung eintritt. Nur für diesen einen Fall läßt man fast einstimmig die entsprechende Anwendung auf die Grundschuld zu, indem man hier nicht den Wortlaut des Gesetzes in Betracht zieht, sondern sich auf das Prinzip desselben beruft, daß ein Nachrücken der nachstehenden Gläubiger materiell ungerecht und unzulässig sei.[13]) Interessant sind die Ausführungen Kindels[14]) über diese Frage. Er

[11]) s. Turnau-Förster a. a. O. S. 873 und Staudinger a. a. O. S. 532; vgl. Böhm im Recht 1905 S. 515 ff.

[12]) vgl. Planck a. a. O. S. 640 Ziff. 6; Biermann a. a. O. S. 372 und Staudinger a. a. O. S. 532. Sie nehmen allgemein an, daß der zahlende Eigentümer das dingliche Recht erhält.

[13]) vgl. Oberneck, Eigentümerhypothek S. 26.

[14]) a. a. O. S. 108.

meint, bei strikter Interpretation des Wortlauts des § 1163 müßte seine Anwendung auf die Grundschuld verneint werden, da eine Grundschuld eine Forderung nicht voraussetzen soll. Dies Resultat erscheine jedoch unannehmbar und unmöglich. Der Gesetzgeber habe offenbar die Grundschuld gänzlich von Forderung und Rechtsgrund lösen und die Eigentümergrundschuld in weiterem Umfang als die Eigentümerhypothek zulassen wollen. Wenn das Gegenteil eingetreten sei, so liege das an der unrichtigen theoretischen Auffassung des Charakters der Grundschuld. Sobald diese nicht als Sachhaftung ohne Forderung, sondern als ein durch Sachhaftung gedecktes Forderungsrecht aufgefaßt werde, für welches eine Vermögenshaftung nicht vorhanden oder nicht eingetragen sei, ergäbe sich die entsprechende Anwendung des § 1163 in vollem Umfange von selbst. Demgegenüber ist jedoch anzunehmen, daß in allen übrigen Fällen des Erlöschens der neben der Grundschuld vorhandenen Forderung der Eigentümer nicht das dingliche Recht erhält. Überträgt ihm z. B. der Gläubiger die Forderung zurück oder verzichtet er auf dieselbe, so geht die Grundschuld nicht ohne weiteres auf den Eigentümer über, derselbe hat vielmehr nur wieder einen obligatorischen Anspruch auf Rückgabe der Grundschuld. Letzteres ist auch der Fall, wenn der zahlende Eigentümer nur dinglich, nicht auch persönlich verhaftet war.[15])

Der Abs. 2 bezieht sich nur auf Briefhypotheken, nicht auch auf Buchhypotheken. Danach ist die Hypothek bis zur Übergabe des Hypothekenbriefes, sofern ein solcher nicht ausgeschlossen ist, Eigentümerhypothek. Der Geltung des Satzes für die Grundschuld steht bei entsprechender Abänderung nichts entgegen.[16])

Die §§ 1164—1167 geben dem persönlichen Schuldner gewisse Rechte, wenn er den Eigentümer befriedigt und von diesem oder einem Rechtsvorgänger desselben Ersatz verlangen kann. Die Hervorhebung des persönlichen Schuldners läßt, ohne

---

[15]) Fuchs a. a. O. S. 654.

[16]) Turnau-Förster a. a. O. S. 873 und Planck a. a. O. S. 640 Ziff. 6.

daß es auf den näheren Inhalt der Vorschriften ankommt, erkennen, daß ein Forderungsverhältnis Voraussetzung der Bestimmungen ist. Dieselben erscheinen aus diesem Grunde zur Anwendung auf die Grundschuld nicht geeignet. Die Literatur ist im überwiegenden Maße dieser Ansicht.[17]) Es wurde zwar in der zweiten Lesung bezüglich des § 1164 die gegenteilige Meinung laut, dieselbe erregte jedoch lebhaften Widerspruch, und die Kommission glaubte zu dieser Streitfrage nicht Stellung nehmen zu müssen.[18]) Wenn die Kommentatoren auch mit Rücksicht auf den § 1192 Abs. 1 grundsätzlich die entsprechende Anwendung dieser Vorschriften auf die Grundschuld verneinen,[19]) so haben doch einige gegen dieses Resultat aus verschiedenen Gründen Bedenken erhoben und die Frage aufgeworfen, ob sich die Annahme einer entsprechenden Anwendbarkeit nicht als eine Folgerung aus allgemeineren Gesichtspunkten im Sinne der Motive (Bd. 3 S. 781) rechtfertigen läßt. Wir wollen hierzu an geeigneterem Platze bei Behandlung des § 1174 Stellung nehmen.

Einen weiteren Fall der forderungsentkleideten Eigentümerhypothek behandelt § 1168. Derselbe tritt ein, wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet. Hiervon ist wohl zu scheiden der Verzicht des Gläubigers auf die Forderung, ein Fall, der durch § 1163 Abs. 1 und 2 gedeckt wird. Verzichtet der Gläubiger in der durch § 1168 Abs. 2 vorgeschriebenen Form auf die Hypothek, so erwirbt sie der Eigentümer. Das muß auch für die Grundschuld gelten, da es sich hier um den Anfall lediglich des dinglichen Rechts infolge Verzichts auf dasselbe handelt. Bei Verzicht auf einen Teil der Grundschuld kann der Eigentümer nach Abs. 3 zwar nicht die Herausgabe, wohl aber Vorlegung des Grundschuldbriefs verlangen, wozu

---

[17]) Staudinger a. a. O. S. 475—477; Planck a. a. O. S. 643 Ziff. 7, S. 645 Ziff. 6 u. S. 647 Ziff. 5; Turnau-Förster a. a. O. S. 754 ff. und Biermann a. a. O. S. 375 ff.

[18]) Kommissionsprotokolle Bd. 3 S. 709.

[19]) Planck a. a. O. S. 731 will den § 1167 angewendet wissen für den Fall, daß neben der Grundschuld eine persönliche Forderung besteht.

der Gläubiger allerdings schon bei Erklärung und Eintragung des Verzichts gemäß § 42 GBO. verpflichtet ist.

Das dem Eigentümer im § 1169 gegebene Recht, bei Vorhandensein einer peremptorischen Einrede, welche die Geltendmachung des dinglichen Rechts dauernd ausschließt, vom Gläubiger den Verzicht auf die Hypothek, und zwar in der Form des § 1168 Abs. 2 zu verlangen, muß ihm auch bei der Grundschuld zustehen,[20]) da es sich nicht um eine Einrede gegen die persönliche Schuld, sondern gegen das dingliche Recht handelt.[21]) Die Erwägung, welche bei der Hypothek zur Aufnahme der Vorschrift geführt hat, greift auch für die Grundschuld Platz. Nach den Motiven[22]) hat der Gläubiger an der formalen Aufrechterhaltung des für ihn inhaltslosen Rechts kein berechtigtes Interesse, während der Eigentümer durch sie an der vollen Ausnutzung des Realkredits gehindert ist. Die Frage, ob der Anspruch des Eigentümers aus § 1169 persönlich oder dinglich ist, ist bestritten.

Der schon beim Aufgebotsverfahren erwähnte § 1170 spricht in Abs. 2 die Folgen der Erlassung des Ausschlußurteils aus. Danach tritt mit Erlaß desselben die Eigentümerhypothek ein, und der Brief des Gläubigers wird kraftlos. Voraussetzung für den Ausschluß der Rechte des Gläubigers war bei der Hypothek nach Abs. 1, daß die Forderung durch Zahlung getilgt ist. Ebenso muß bei der Grundschuld die Grundschuldsumme gezahlt sein, damit es gemäß Abs. 2 zur Eigentümergrundschuld kommen kann. Desgleichen tritt, wenn die Grundschuldsumme noch nicht bezahlt ist, gemäß § 1171 Abs. 2 mit Erlaß des Ausschlußurteils die Eigentümergrundschuld ein. Wenn dies auch für die Eigentümerhypothek nicht ausdrücklich gesagt ist, so ergibt es sich doch aus den §§ 1163 Abs. 1 Satz 2 und 1143.[23]) Der

---

[20]) Staudinger a. a. O. S. 480.

[21]) Die Annahme Böhms, Reichsgrundbuchrecht Teil 1 S. 251 III, daß die Vorschrift für die Grundschuld nicht gelte, weil nur Einreden aus der persönlichen Forderung gemeint seien, erscheint unzutreffend, da es sich nicht nur um solche Einreden handelt.

[22]) Bd. 3 S. 724.

[23]) s. Planck a. a. O. S. 654 Ziff. 8 u. 657 Ziff. 8.

Ausschluß des Gläubigers wirkt wie Befriedigung, und der den Betrag der Grundschuldsumme gemäß Abs. 1 des § 1171 hinterlegende Eigentümer erwirbt eine Grundschuld.[24])

Der § 1177 stellt in Abs. 1 für die forderungsentkleidete, in Abs. 2 für die forderungsbekleidete Eigentümerhypothek Grundsätze auf. Beide Fälle basieren auf der Vereinigung von Hypothek und Eigentum in einer Hand. Steht dabei dem Eigentümer die Forderung nicht zu, so wird die Hypothek kraft Gesetzes zur Grundschuld; andernfalls wird sie nach den Vorschriften über die Eigentümergrundschuld behandelt. Es leuchtet ein, daß diese Bestimmungen nur für die Hypothek gegeben sind und für die Grundschuld nicht gelten können. Das läßt ihr Inhalt völlig klar erkennen, da es sich ja um Verwandlung der Hypothek in eine Grundschuld bezw. Behandlung derselben nach Grundschuldrechtssätzen handelt. Außerdem ist in den Vorschriften gerade das Vorhandensein und das Schicksal der persönlichen Forderung von Bedeutung, was bei der Grundschuld belanglos bleiben muß.

Einen Fall des Untergangs des dinglichen Rechts behandelt § 1178. Es erlischt nämlich die Hypothek nach Abs. 1 für Zinsen, andere Nebenleistungen und erstattungspflichtige Kosten, wenn sie in die Hand des Eigentümers gelangt, es sei denn, daß ein Dritter ein Recht an dem Anspruch hat. Das Erlöschen tritt unmittelbar kraft Gesetzesvorschrift ein, ohne daß es einer Kundmachung durch Löschung im Grundbuch bedarf. Diese Sätze gelten auch bei der Grundschuld[25]) da in ihnen eine Forderung nicht vorausgesetzt ist.[26]) Ferner erscheint die entsprechende Anwendbarkeit teilweise, nämlich bezüglich der Rückstände von Zinsen, noch durch § 1192 Abs. 2 begründet. Es kommt also in diesen Fällen der Konfusion nicht, wie es der Regel nach sein müßte, zur Eigentümergrundschuld, sondern das dingliche Recht erlischt.

Als Form des Verzichts auf die Hypothek bezw. Grundschuld genügt nach Abs. 2 einfache Erklärung des Gläubigers

[24]) s. Biermann a. a. O. S. 384.
[25]) Planck a. a. O. S. 679.
[26]) Biermann a. a. O. S. 395.

an den Eigentümer; der Form des § 1168 Abs. 2 bedarf es nicht. Letztere erscheint mit Rücksicht darauf überflüssig, daß rückständige Zinsen und der Kostenerstattungsanspruch als Rechte nicht im Grundbuch einzutragen sind. Auch Abs. 2 gilt für die Grundschuld.

Der § 1179 gibt demjenigen, welchem sich der Eigentümer obligatorisch verpflichtet hat, die Hypothek löschen zu lassen, wenn sie in seine Hand gelangt, die Möglichkeit, diesen persönlichen Anspruch durch Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch zu verdinglichen. Dieser Umweg zur Vermeidung des Eintritts der Eigentümerhypothek und Erreichung des Aufrückens der nachstehenden Hypothekengläubiger mußte genommen werden, da die zwingenden Vorschriften über Entstehung der Eigentümerhypothek eine sie ausschließende Parteivereinbarung mit dinglicher Wirkung nicht zulassen.[27]) Man hatte in der zweiten Kommission ohne Erfolg beantragt, um derartigen Vereinbarungen dingliche Kraft zu verleihen, dem Eigentümer das Recht zuzugestehen, seinen Willen, daß die Hypothek nicht Eigentümerhypothek werden, sondern erlöschen solle, wenn die Forderung nicht bestehe oder untergehe, in das Grundbuch eintragen zu lassen. Für die dann in dem § 1179 aufgenommene Bestimmung sprach die Erwägung,[28]) daß in einer Reihe von Fällen das Interesse der Beteiligten dahin gehe, daß der Eigentümer die Hypothek, im Falle er dieselbe erwerbe, zur Löschung bringe derart, daß die nachstehenden Hypotheken aufrücken; der Gesetzgeber könne nicht umhin, diesen Verhältnissen Rechnung zu tragen und den Beteiligten die Möglichkeit zu gewähren, derartigen Verträgen eine dingliche Wirkung zu verschaffen. Es sei dies um so mehr geboten, als die Eigentümerhypothek für einen großen Teil von Deutschland eine Neuerung darstelle, und man dem Publikum jedenfalls die Möglichkeit bieten müsse, die hypothekarischen Rechtsverhältnisse dem bisherigen Verkehr entsprechend zu gestalten.[29])

---

[27]) Fuchs a. a. O. S. 573.

[28]) Kommissionsprot. Bd. 3 S. 606.

[29]) Über die Bedenken Brucks, der durch den § 1179 den Realkredit für erheblich gefährdet hält, s. a. a. O. S. 243.

§ 16.

Die Gesamthypothek.

Der Begriff der Gesamthypothek ist im § 1132 gegeben. Es ist die Hypothek, welche für eine Forderung an mehreren Grundstücken bestellt ist. Die Redaktionskommission faßte den Abs. 1 für die Grundschuld folgendermaßen[1]): „Ist eine Grundschuld in der Weise an mehreren Grundstücken bestellt, daß nur einmal Zahlung zu erfolgen hat (Gesamtgrundschuld), so haftet jedes Grundstück für den gesamten Betrag der Grundschuld."[2]) Bei der Gesamthypothek soll nun nach § 1132 jedes Grundstück für die ganze Forderung haften und der Gläubiger aus jedem der Grundstücke nach seiner Wahl ganz oder teilweise Befriedigung suchen können. Er kann auch den Betrag der Forderung teilen und auf jedes Grundstück einen besonderen Teilbetrag legen, was zur Folge hat, daß das Grundstück nur in Höhe des zugeteilten Betrages haftet. Die entsprechende Anwendung der Vorschrift auf die Grundschuld ist zuzulassen.[3]) Die Entstehungsarten bei der Gesamtgrundschuld sind dieselben wie bei der Gesamthypothek; es werden von vornherein mehrere Grundstücke belastet, es kann auch späterhin die an einem Grundstück bestehende Belastung auf ein zweites mit erstreckt werden. Schließlich ist es auch denkbar, daß die Gesamtgrundschuld durch Abtrennung eines Grundstücksteiles von dem belasteten Grundstück und Veräußerung als selbständiges Grundstück begründet wird.[4]) Bei einer solchen Grundschuld an mehreren Grundstücken haftet also gemäß § 1132 jedes Grundstück für den vollen Betrag der Grundschuldsumme, und zwar nach freier Wahl des Gläubigers, die ihm zusteht, sowohl bezüglich des Grundstücks, welches er in Anspruch nehmen

---

[1]) Bei Staudinger a. a. O. S. 532.

[2]) Wie schon erwähnt, war man in der Redaktionskommission geteilter Ansicht, ob Hypothek oder Grundschuld an erster Stelle zu regeln sei. Daher sind zwei vollständige Entwürfe aufgestellt worden und in einem ist die Hypothek, in dem andern die Grundschuld vorangestellt worden.

[3]) Männer a. a. O. S. 431 und Planck a. a. O. S. 570 Ziff. 7.

[4]) Männer a. a. O. S. 341.

will, als auch der Höhe, in welcher er das einzelne Grundstück haftbar machen will. Der Gläubiger kann auch bei der Gesamtgrundschuld den Betrag der Grundschuld auf die einzelnen Grundstücke mit der Maßgabe verteilen, daß jedes Grundstück nur zu dem ihm auferlegten Teile haften soll.

In § 1143 Abs. 2 ist ausgesprochen, daß die Vorschriften des § 1173 Anwendung finden sollen, wenn für die Forderung eine Gesamthypothek besteht. Dieser Satz muß für die Grundschuld fortfallen. Die in den Worten „Gesamthypothek für die Forderung" enthaltene Bezugnahme auf ein zugrunde liegendes persönliches Schuldverhältnis stände an sich der entsprechenden Anwendung auf die Grundschuld nicht entgegen, da diese Bezugnahme bei der Gesamtgrundschuld einfach weggelassen werden könnte. Der Umstand jedoch, daß der Abs. 1 des § 1143, welcher nicht anwendbar ist, die Fälle betrifft, wo der den Gläubiger befriedigende Eigentümer nicht der persönliche Schuldner ist, macht eine analoge Ausdehnung der Bestimmung auf die Grundschuld unmöglich. Die Unterscheidung, ob der befriedigende Eigentümer persönlich verhaftet ist oder nicht, muß bei der Grundschuld unterbleiben, andererseits gilt dieser in Abs. 1 für die Hypothek gemacht Unterschied auch für die Forderung in Abs. 2.

Die §§ 1181 Abs. 2 und 1182 enthalten für die Gesamthypothek im Falle der Befriedigung des Gläubigers aus einem der verhafteten Grundstücke Sondervorschriften, welche auch auf die Gesamtgrundschuld auszudehnen sind.[5]) Nach § 1181 Abs. 2 werden, wenn der Gläubiger aus einem der gesamtverhafteten Grundstücke im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung erlangt, auch die übrigen Grundstücke frei. Eine Ausnahme hiervon macht § 1182. Kann nämlich der Eigentümer des subhastierten Grundstücks von dem Eigentümer eines der andern Grundstücke oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen, so erhält er kraft Gesetzes die Hypothek an dem Grundstück dieses Eigentümers in Höhe seines Ersatzanspruchs. Eine Forderung setzen diese Bestimmungen nicht voraus. Wenn auch

[5]) Planck a. a. O. S. 687 Ziff. 5 und 689 Ziff. 6.

die Anwendbarkeit des § 1182 für die Grundschuld in der Literatur ganz allgemein anerkannt wird, so sind die Meinungen doch geteilt bezüglich der Folgen dieser Anwendung auf die Grundschuld. Planck[6]) und Biermann[7]) nehmen an, daß der ersatzberechtigte Eigentümer, aus dessen Grundstück der Gläubiger der Grundschuld befriedigt ist, keine Sondergrundschuld, sondern eine Sonderhypothek an dem Grundstück des ihm gegenüber Ausgleichungspflichtigen erwerbe. Die Grundschuld an dem Grundstücke des Ersatzpflichtigen verbinde sich mit der Ersatzforderung und verwandele sich dann kraft Gesetzes in eine Hypothek. Turnau-Förster[8]) sind anderer Ansicht. Sie folgern aus der Fassung des § 1182 hinsichtlich der Hypothek, daß der ersatzberechtigte Eigentümer nicht für seine Ersatzforderung eine Hypothek an dem mitverhafteten Grundstücke erlange, sondern die an diesem bestehende Hypothek gehe wegen oder vermittels des Ersatzanspruchs in Höhe desselben auf den Ersatzberechtigten über, und zwar als Einzelhypothek, da die Hypothek an dem versteigerten Grundstück erloschen sei. Die Hypothek gehe als solche über, wenn der Ersatzberechtigte nicht persönlicher Schuldner ist: sie verwandele sich in eine Grundschuld, wenn dieser der persönliche Schuldner ist. Sei die Belastungsform eine Grundschuld, so gehe sie als Grundschuld auf den Ersatzberechtigten über. Dieser Standpunkt erscheint, soweit es sich um eine Grundschuld handelt, nicht gerechtfertigt. Der Zweck der Vorschrift des § 1182 ist, gegenüber dem vom Gläubiger für seine Befriedigung ausgewählten Eigentümer Härten zu vermeiden, wenn sich ihm der Eigentümer eines der übrigen belasteten Grundstücke zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet hat. Die Protokolle[9]) berichten über folgende diesbezügliche Erwägung der Subkommission: „Der Grundsatz, daß im Falle einer Gesamthypothek die Befriedigung des Gläubigers aus einem der belasteten Grundstücke das Erlöschen der Hypothek auf den übrigen mitbelasteten Grundstücken zur Folge

[6]) a. a. O. S. 689 Ziff. 6.
[7]) a. a. O. S. 238.
[8]) a. a. O. S. 799.
[9]) Bd. 3 S. 626.

habe, könne zu Unbilligkeiten gegenüber dem mit der Hypothek in Anspruch genommenen Eigentümer führen. Der Gläubiger habe die freie Entscheidung darüber, aus welchem der ihm haftenden Grundstücke er seine Befriedigung suchen wolle. Er sei an eine Vereinbarung, nach der sich der Eigentümer bei der Veräußerung eines Trennstücks dem Erwerber gegenüber verpflichtet habe, den Gläubiger wegen einer auf das Trennstück zur Gesamthaft übertragenen Hypothek zu befriedigen, nicht gebunden; es liege sogar die Versuchung nahe, daß der Gläubiger gegen eine entsprechende Abfindung sich bewegen lasse, seine Befriedigung aus dem Trennstücke zum Nachteile des Eigentümers desselben zu suchen. Knüpfe man an die Befriedigung des Gläubigers das Erlöschen der Hypothek auch an dem Stammgrundstück, so würde der Eigentümer des Stammgrundstücks eine ungerechtfertigte Bereicherung erlangen, und der Eigentümer des Trenngrundstücks auf einen unsicheren, obligatorischen Ausgleichungsanspruch angewiesen sein. Es liege nahe, den Eigentümer des Grundstücks, aus welchem die Befriedigung erfolgte, in Höhe seines Ausgleichungsanspruchs in die Rechte des Gläubigers eintreten zu lassen.“ Aus diesen Erwägungen sowie aus der Fassung des Gesetzes geht hervor, daß die obligatorische Ersatzforderung des Subhastaten gegen den Eigentümer eines mitverhafteten Grundstücks unbedingte Voraussetzung der Vorschrift und die Grundlage der Hypothek ist. Zur Sicherung dieses Anspruchs soll nach dem Gesetze das Grundstück des Schuldners dinglich verhaftet sein. Die Entstehung oder der Bestand einer Grundschuld darf jedoch von dem Vorhandensein einer Forderung nicht abhängig sein. Deshalb ist anzunehmen, daß der Ersatzberechtigte bei der Grundschuld im Betrage seines Ersatzanspruchs gegen den ausgleichungspflichtigen Grundstückseigentümer eine Hypothek, keine Grundschuld erlangt.[10])

[10]) vgl. Staudinger a. a. O. S. 507.

§ 17.

Die Eigentümergesamthypothek.

Der Regelfall der Eigentümergesamthypothek wird im § 1172 behandelt. Danach haben die Eigentümer der belasteten Grundstücke die Gesamthypothek gemeinschaftlich in den Fällen des § 1163, d. h., wenn die persönliche Forderung des Hypothekengläubigers in anderer Weise als durch Befriedigung oder in dem Falle der Konfusion, wo Eigentümer und persönlicher Schuldner verschiedene Personen sind (§ 1164), erlischt.[1]) Bezüglich des § 1172 hatte die Redaktionskommission für die Grundschuld in dem § 1142 s. Abs. 1 folgende Fassung gewählt[2]): „Eine Gesamtgrundschuld steht in den Fällen, in welchen die Grundschuld kraft Gesetzes von dem Eigentümer erworben wird, den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu." Es ist einleuchtend, daß die Vorschrift nach der jetzigen Fassung des § 1172 in demselben Umfang für die Grundschuld gelten muß wie der § 1163. Demnach steht gemäß Abs. 2 des § 1163 die Gesamtgrundschuld, jedoch nur die mit Brief, bis zur Übergabe des Briefes den Eigentümern der haftenden Grundstücke gemeinsam zu. Wie sich aus dem zu § 1163 Abs. 1 Gesagten ergibt, könnte für die Gesamtgrundschuld von den Fällen des Abs. 1 nur der zur Anwendung kommen, daß ein Grundstückseigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist und die Forderung durch Zahlung zum Erlöschen bringt. Dann müßte er die Grundschuld erhalten und bei Anwendbarkeit des § 1172 stände dann die Gesamtgrundschuld den Eigentümern sämtlicher belasteter Grundstücke gemeinschaftlich zu. Wie § 1173 ergeben wird, ist das aber nicht der Fall. Die Geltung des Abs. 2 für die Grundschuld, wonach jeder Eigentümer verlangen könnte, daß die Gesamtgrundschuld bezüglich seines Grundstücks nach § 1132 Abs. 2 auf einen Teilbetrag beschränkt wird, der nach Verhältnis des Wertes seines Grundstücks zu dem sämtlicher Grundstücke

---

[1]) Cosack, Bürgerl. Recht Bd. 2 S. 240 Ziff. b.

[2]) Kommissionsprot. Bd. 4 S. 505 ff.

ermittelt wird, ist ausgeschlossen; er behandelt die Auseinandersetzung der Eigentümer in den Fällen des Abs. 1 und von diesen kommt keiner für die Grundschuld in Betracht.

Eine Ausnahme von der Regel des Abs. 1 § 1172 enthält der anwendbare § 1173 in der Bestimmung, daß der Eigentümer eines der Grundstücke, gleichviel ob er persönlich verhaftet ist oder nicht, durch freiwillige Befriedigung des Gläubigers einer Gesamthypothek seinerseits die Hypothek an seinem Grundstück erwirbt, daß die Hypothek an den übrigen haftenden Grundstücken aber erlischt, während sie der Regel nach den sämtlichen Grundstückseigentümern gemeinschaftlich zustehen müßte. In dem zweiten Satz der Vorschrift sind zwei der Befriedigung gleiche Fälle enthalten. Über die Anwendbarkeit dieser Vorschriften des Abs. 1 auf die Grundschuld wie auch des Abs. 2, der den Fall behandelt, daß der befriedigende Eigentümer von dem Eigentümer eines der mitverhafteten Grundstücke oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann,[3]) herrscht im allgemeinen Einigkeit unter den Kommentatoren. Die Protokolle[4]) berichten allerdings, daß von einer Seite die Ansicht vertreten wurde, es würden insbesondere auch die neubeschlossenen Vorschriften über die Regreßhypothek eines mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücks auf die Grundschuld entsprechend anwendbar sein, wenn bei einer Gesamtgrundschuld eine Ersatzpflicht eines der beteiligten Grundeigentümer gegen einen anderen bestehe, und daß dieser Ansicht von anderer Seite mit Entschiedenheit widersprochen wurde. Die Kommission glaubte zu dieser Streitfrage nicht Stellung nehmen zu sollen." Fuchs[5]) führt dazu aus, daß der Widerspruch, soweit er die Anwendbarkeit des § 1173 betreffe, von der Redaktionskommission nicht geteilt worden sei, ebenso wie ihn die Rechtswissenschaft nicht teile. Abweichend sind nun aber die Ansichten über den Umfang der Anwendbarkeit, sowie die Folgen der

[3]) Eck, Vorträge Bd. 2 S. 314 Anm. 4 nennt den Regreß des § 1173 Abs. 2 „ein unverkennbares Seitenstück des römischen beneficium cedendarum actionum und der daraus entstandenen cessio legis des § 774 BGB."

[4]) Bd. 3 S. 710.

[5]) a. a. O. S. 655.

entsprechenden Anwendung auf die Grundschuld. Planck[6]) will den ersten Absatz angewendet wissen, jedoch unter Ausschluß des Falles, daß Forderung und Schuld sich in der Person des Eigentümers vereinigen. Er begründet dies mit der Stellung, welche die Redaktionskommission zu dieser Frage in § 1142 t[7]) eingenommen habe, wo dieser Fall auch unberücksichtigt geblieben ist. Wir möchten im Gegensatze hierzu uns dem Standpunkt von Turnau-Förster[8]) anschließen, welche zu der Fassung des § 1142 t der Redaktionskommission noch den Zusatz machen „oder wenn sich das Recht aus der Grundschuld und das Eigentum an dem Grundstück in einer Person vereinigen". Es ist nicht anzunehmen, daß die Fassung des Abs. 1 § 1173 „Forderung und Schuld" wörtlich auf die Grundschuld zu übertragen ist. Das unbedingte Vorhandensein einer persönlichen Forderung ist hier nicht vorausgesetzt, wenn auch der Wortlaut darauf hinzudeuten scheint. Es kann z. B. obiger Fall bei der Grundschuld eintreten, wenn der aus der Grundschuld Berechtigte das Grundstück erwirbt. Dann hat er das Recht aus der Grundschuld (in § 1173 Forderung genannt), für welches ihm mit Übergang des Eigentums sein eigenes, das belastete Grundstück verhaftet ist („Schuld"). Eine solche Vereinigung muß aber auch bei der Grundschuld als ein der Befriedigung gleichstehender Fall im Sinne des Abs. 1 Satz 2 angesehen werden.[9])

Für die Anwendbarkeit des Abs. 2 spricht der Umstand, daß zwar eine Forderung als vorhanden anzunehmen ist, nämlich der Ersatzanspruch, dieser aber außer Zusammenhang mit dem dinglichen Recht steht, für letzteres nicht „vorausgesetzt" ist, sondern auf dem zwischen den Gesamtschuldnern[10]) bestehenden Rechtsverhältnisse beruht.[11]) Bezüglich der Folgen der analogen

[6]) a. a. O. S. 730.

[7]) Prot. Bd. 4 S. 505 ff.

[8]) a. a. O. S. 873 zu § 1172 Abs. 1.

[9]) vgl. Staudinger a. a. O. S. 532.

[10]) Bei der zweiten Lesung ist der Anwendung des § 426 entschieden widersprochen worden. Die Kommission hat zu der Frage nicht Stellung genommen; vgl. Kommissionsprotokolle Bd. 3 S. 710.

[11]) s. Turnau-Förster a. a. O. S. 873.

Anwendung des Abs. 2 gilt dasselbe wie das zu § 1182 Gesagte, d. h., der den Gläubiger befriedigende Eigentümer erwirbt, wenn und soweit er vertragsmäßig oder kraft Gesetzes[12]) von dem Eigentümer eines der mithaftenden Grundstücke Ersatz verlangen kann, stets nur eine Hypothek, nie eine Grundschuld. Bezüglich des die Höhe des Ersatzanspruchs übersteigenden Teiles erlischt die Ersatzhypothek gemäß dem Grundsatz des Abs. 1. Die Folge der Befriedigung des Grundschuldgläubigers durch den Eigentümer eines der belasteten Grundstücke müßte an sich gemäß dem Prinzip des Abs. 1 der Eintritt der Eigentümergrundschuld sein. Nach dem analog anzuwendenden zweiten Absatz soll aber das auf den befriedigenden ersatzberechtigten Eigentümer übergehende dingliche Recht mit der (stets auch bei der Grundschuld) kraft Gesetzes entstehenden Hypothek für den Ersatzanspruch eine Gesamthypothek bilden. Eine Gesamthypothek, welche als ein einziges, mehrere Grundstücke belastendes Recht, „als „eine Einheit im juristischen Sinne“[13]) aufzufassen ist, kann aber nicht zusammengesetzt sein aus einer Hypothek an diesem und einer Grundschuld an einem andern Grundstücke. Der Umstand also, daß das sich kraft Gesetzes bildende dingliche Recht für den Ersatzanspruch stets Hypothek und mit dem dinglichen Recht an dem eigenen Grundstück des Befriedigenden zusammen stets eine Gesamthypothek in Höhe des Ersatzanspruchs sein muß, erzwingt die Annahme, daß bei der Grundschuld der befriedigende Eigentümer bis zur Höhe des Ersatzanspruchs stets eine Hypothek erwirbt, und nur bezüglich des den Ersatzanspruch etwa übersteigenden Teiles der Grundschuldsumme eine Grundschuld.[14]) [15])

---

[12]) §§ 426 und 774 BGB.

[13]) vgl. Planck a. a. O. S. 569 Ziff. 4.

[14]) vgl. Planck a. a. O. S. 665 Ziff. 8 und S. 730 Ziff. 4 Bchst. d.

[15]) Auf die sonstigen Fälle bei Planck, wenn der Befriedigende der Eigentümer mehrerer Grundstücke ist, wenn er gegen mehrere Eigentümer denselben oder verschiedene Ersatzansprüche hat, oder wenn er den Gläubiger nur zum Teil befriedigt, einzugehen, würde zu weit führen, da aus obigem das für entsprechende Anwendung der Vorschrift auf die Grundschuld maßgebliche Prinzip klar genug hervorgeht.

Der § 1174 gibt dem persönlichen Schuldner, der den Gläubiger der Gesamthypothek befriedigt und von nur einem der Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann, die Hypothek an diesem Grundstück, während sie auf den übrigen erlischt. Das gleiche soll bei Bestehen eines Ersatzanspruchs eintreten, wenn Forderung und Schuld sich in einer Person vereinigen. Der Vorschrift ist, wie allgemein angenommen wird, die Geltung für die Grundschuld zu versagen, weil in ihr das Bestehen einer persönlichen Forderung neben dem dinglichen Recht vorausgesetzt ist. Die Frage, ob die Annahme einer entsprechenden Anwendbarkeit sich nicht als Folgerung aus allgemeineren Gesichtspunkten darstellt, ist zu verneinen. Es kann dahin gestellt bleiben, ob ein Gesamtschuldverhältnis allgemein auch dann vorliegt, wenn die Haftung des Eigentümers aus der Grundschuld mit der eines Dritten aus einer persönlichen Schuld konkurriert: die Motive[16]) lehnen diese Annahme ab, weil „bei einer solchen bürgschaftsähnlichen Konkurrenz der persönlichen und dinglichen Haftung ein Übergang der Grundschuld auf den zahlenden persönlichen Schuldner nicht stattfindet". Fuchs nimmt an sich zu der Frage ebenfalls eine ablehnende Haltung ein.[17]) Er meint jedoch,[18]) es bleibe abzuwarten, ob die fortschreitende Rechtsentwicklung sich an die Absicht des Gesetzgebers gebunden halten werde. Man werde vielleicht aus der Begriffsbestimmung der Hypothek und Grundschuld zu der Auffassung kommen, daß, wo sachenrechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen, das Recht der Schuldverhältnisse entsprechende Anwendung finden darf, daß insbesondere in den §§ 1143 Abs. 1, 1164 und 1174 Vorschriften zu finden sind, die nicht begriffsnotwendig eine Forderung voraussetzen, sondern sich als eine Folgerung aus allgemeinen, das Sachen- und Obligationenrecht umfassenden Gesichtspunkten ergeben, wonach, wo nur irgend angängig der Ersatzanspruch durch Übertragung des Gläubigerrechts unmittelbar und dinglich gesichert

---

[16]) Bd. 3 S. 786.
[17]) a. a. O. S. 654.
[18]) a. a. O. S. 655.

werden soll. Dazu ist zu bemerken, daß hier gerade begriffsnotwendig eine persönliche Forderung Voraussetzung ist, wie die Fassung des Gesetzes „der persönliche Schuldner" beweist, daß ferner auch eine sachenrechtliche Vorschrift der Anwendung des § 426 aus dem Recht der Schuldverhältnisse über Gesamtschuldner entgegensteht, und zwar der allgemeine Grundsatz des § 1192 Abs. 1, wonach eine Forderung als Voraussetzung der Grundschuld nicht in Betracht kommen darf. Lediglich die Eigenschaft des Ersatzberechtigten als persönlich Haftender macht die Anwendung der Bestimmung unmöglich; auch die Heranziehung der Vorschriften des Obligationenrechts ist deshalb hier nicht angängig, während im § 1173 Abs. 2 der Ersatzanspruch auch bei der Grundschuld dinglich gesichert wird, weil er nicht dem persönlichen Schuldner, sondern dem befriedigenden Eigentümer zusteht. Aus diesen Erwägungen ist auch die entsprechende Anwendung der schon erwähnten §§ 1164—1167 auf die Einzelgrundschuld für unzulässig zu erachten. Was in § 1168 für die Einzelhypothek geregelt ist; bringt § 1175 für die Gesamthypothek, nämlich den Verzicht auf die Gesamthypothek an allen Grundstücken und auf die Hypothek an einem Grundstück. Im letzten Falle erlischt die Hypothek an dem einen Grundstück, während sie beim Verzicht auf die Gesamthypothek an allen Grundstücken den Eigentümern gemeinsam zusteht. Diese beiden Fälle sollen nach Abs. 2 auch eintreten, wenn das Recht des Gläubigers durch Ausschlußurteil nach § 1170 ausgeschlossen ist. Es handelt sich hier um den Verzicht bezw. Teilverzicht auf das dingliche Recht und die sich daran knüpfenden Folgen. Daher kann die Anwendbarkeit der Vorschrift für die Grundschuld nicht zweifelhaft sein.[19])

Der § 1176 bestimmt, daß wenn die Hypothek unter den Voraussetzungen der §§ 1163, 1164, 1168 und 1172—1175 nur zu einem Teile auf den oder einen der Eigentümer oder den persönlichen Schuldner übergeht, diese nicht zum Nachteil des dem Gläubiger verbleibenden Restes der Hypothek geltend gemacht werden darf. Die Anwendbarkeit der Bestimmung auf

---

[19]) s. Planck a. a. O. S. 649 Ziff. 5 und S. 654 Ziff. 8.

die Grundschuld ist unbedenklich auszusprechen.[20]) Es kann dies jedoch nur in dem Rahmen gelten, in welchem die im § 1176 angezogenen Vorschriften für die Grundschuld in Betracht kommen. Daher scheidet ohne weiteres der Fall aus, daß dem persönlichen Schuldner das dingliche Recht zufällt. Es können somit für die Anwendung auf die Grundschuld nur die Vorschriften der §§ 1168, 1172—1173 und 1175 geeignet erscheinen.

§ 18.

Die Sicherungshypotheken.

Die Bestimmungen über die Sicherungshypothek sind in den §§ 1184 bis 1190 enthalten. Davon regelt § 1184 die allgemeine Sicherungshypothek; die Hypothek für Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber und indossablen Papieren findet sich in §§ 1187—1189, während in § 1190 die sogen. Kautions-, Maximal- oder Ultimathypothek zugelassen ist, bei welcher der Höchstbetrag der Haftung des Grundstücks von vornherein, die Forderung jedoch später bestimmt wird. Alle diese Hypotheken gelten als Sicherungshypotheken. Eine Sicherungshypothek ist nach der Definition des § 1184 eine solche, bei der das Recht aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt und zum Beweise der Forderung eine Bezugnahme auf die Eintragung im Grundbuch unzulässig ist. Diese Hypothek, welche wie alle Sicherungshypotheken nach § 1185 Abs. 1 stets Buchhypothek ist, muss als Sicherungshypothek in das Grundbuch eingetragen sein, damit sie als Sicherungshypothek gelten kann, während sie für Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber und auch als Kautionshypothek notwendigerweise auch ohne Bezeichnung im Grundbuch als solche stets Sicherungshypothek ist. Da also die Sicherungshypothek streng akzessorisch ist, müssen die Vorschriften der §§ 1184—1190 von einer entsprechenden Anwendung auf die Grundschuld aus-

[20]) Planck a. a. O. S. 670 Ziff. 5.

geschlossen werden. Es ist bei diesen Hypotheken das Vorhandensein einer Forderung unbedingte Voraussetzung, die Forderung ist sogar dabei allein das Maßgebliche. Ihr Bestand ist unbedingt erforderlich für die Entstehung und für die Fortdauer der Hypothek. Der § 1192 Abs. 1 steht der Anwendbarkeit entgegen. Mit Rücksicht jedoch auf den § 1195 BGB. sind von der Regel zwei Ausnahmen zu machen, nämlich bezüglich der §§ 1188 und 1189. Der § 1195 läßt, entsprechend der in § 1187 unter anderem geregelten Inhaberhypothek eine Inhabergrundschuld zu. Er erstreckt auf diese Inhabergrundschuld die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber. Mit Rücksicht auf die Schaffung dieser Inhabergrundschuld, die allerdings im Gegensatz zur Inhaberhypothek stets Briefgrundschuld ist, läßt sich aus dem in § 1192 Abs. 1 aufgestellten Grundsatz entnehmen, daß die für die Inhaberhypothek gegebenen Vorschriften der §§ 1188 und 1189 auf die Grundschuld entsprechend anzuwenden sind, da für sie das Vorhandensein einer Forderung nicht vorausgesetzt ist. Zudem waren die Gründe, welche bei den Kommissionsberatungen zur Aufnahme der Inhaberhypothek führten, dieselben wie für Zulassung der Inhabergrundschuld.[1]) Schließlich hat der Teil des Entw. 2., welcher die Grundschuld besonders behandelt, denselben Wortlaut wie die §§ 1188 bis 1189, wenn man von der entsprechenden Abänderung für die Grundschuld absieht. Die Definition der Inhabergrundschuld enthält § 1144a genau wie der § 1195 BGB.[2]) § 1144b lautet: „Zur Bestellung einer Grundschuld, bei welcher der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt werden soll, genügt die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß er die Grundschuld für den Inhaber des Grundschuldbriefs bestelle, und die Eintragung in das Grundbuch, die Vorschrift des § 799 des Entw. 2. (§ 878 BGB.) findet Anwendung.

Die Ausschließung des Gläubigers mit seinem Recht nach § 1142q (§ 1170 BGB.) ist nur zulässig, wenn die im § 729 des Entw. 2 (§ 801 BGB.) bezeichnete Vorlegungsfrist ver-

[1]) s. Prot. Bd. 3 S. 713 u. S. 668 bis S. 672; der Standpunkt der 1. Kommission findet sich Motive Bd. 3 S. 793.

[2]) § 1144 a bis c s. Kommissionsprotokolle Bd. 4 S. 509—510.

strichen ist. Ist innerhalb der Frist der Grundschuldbrief vorgelegt oder der Anspruch aus der Grundschuld gerichtlich geltend gemacht worden, so kann die Ausschließung erst erfolgen, wenn die Verjährung eingetreten ist (entspricht dem § 1188 BGB.).

Der § 1144c bestimmte für die Grundschuld, was jetzt der § 1189 BGB. für die Inhaberhypothek enthält: „Wird der Grundschuldbrief auf den Inhaber gestellt, so kann für den jeweiligen Gläubiger ein Vertreter mit der Befugnis bestellt werden, mit Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger bestimmte Verfügungen über die Grundschuld zu treffen und den Gläubiger bei Geltendmachung der Grundschuld zu vertreten. Zur Bestellung des Vertreters ist die Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Ist der Eigentümer berechtigt, von dem Gläubiger eine Verfügung zu verlangen, zu welcher der Vertreter befugt ist, so kann er die Vornahme der Verfügung von dem Vertreter verlangen."

Demnach ist auch bei der Inhabergrundschuld ein Ausschluß der Rechte des Gläubigers nur nach Ablauf der Vorlegungsfrist des § 801 zulässig, d. h. nach dreißig Jahren seit Eintritt der Leistungszeit. Als Folge einer solchen Ausschließung ist der Eintritt der Eigentümergrundschuld ebenso anzunehmen, wie er sich bei der gewöhnlichen Ausschließung des Gläubigers gemäß § 1170 BGB. ergibt.

Die Anwendbarkeit des letzten Satzes im § 1188 auf die Inhabergrundschuld ist streitig. Er bestimmt, daß wenn die Schuldverschreibung innerhalb der Vorlegungsfrist des § 801 vorgelegt oder der Anspruch aus derselben rechtshängig geworden ist, eine Ausschließung erst nach Eintritt der Verjährung erfolgen kann. Die Verjährung tritt nach § 801 ein, wenn die Vorlegung erfolgt und seit Ablauf der Vorlegungsfrist zwei Jahre verstrichen sind. Planck[3]) meint, daß dieser Ablauf der Verjährungszeit nur als Voraussetzung des Aufgebots nach § 1170 in Betracht komme, daß aber eine Verjährung des Anspruchs damit nicht festgelegt werden solle. Dagegen spräche die Regel

[3]) a. a. O. S. 735.

der Unverjährbarkeit eingetragener Rechte gemäß § 902 Abs. 1 Satz 1 BGB., und ein erkennbarer Grund zur Ausnahme von dieser Regel liege nicht vor. Dem entgegen läßt jedoch der klare Wortlaut des Gesetzes keinen Zweifel zu. Durch § 1195 sind die Bestimmungen über Schuldverschreibungen auf den Inhaber und damit der § 801 ausdrücklich auf den Inhabergrundschuldbrief für anwendbar erklärt. Außerdem ist in dem § 1144b der Redaktionskommission direkt die Wendung gebraucht „wenn die Verjährung eingetreten ist". Wenn dies nach der Ansicht der Kommission keine Verjährung, sondern nur die Voraussetzung für das Aufgebot nach § 1170 bedeuten sollte, so wäre sicherlich eine andere Fassung gewählt worden, die den gegenteiligen Zweck, wenn auch vielleicht weniger klar zum Ausdruck gebracht hätte, als der erwähnte Wortlaut der Bestimmung es tut.

Nach § 1189 kann auch bei der Inhabergrundschuld ein sogen. „Treuhänder" schon im voraus für den jeweiligen Gläubiger bestellt werden. Es ist dazu die Eintragung dieses Vertreters in das Grundbuch erforderlich. Der Zweck der Bestellung eines solchen „Treuhänders" ist, Änderungen im Grundbuch zu erleichtern, bei denen sonst der oder die zurzeit vielleicht schwer erreichbaren Gläubiger mitzuwirken haben würden. [4])

[4]) vgl. Eck a. a. O. S. 317.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.